UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'Extinction des Privilèges et Hypothèques en général

ET

SPÉCIALEMENT PAR VOIE DE PRESCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Louis ABADIE

AVOCAT

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

(Société anonyme à capital variable)

27, ALLÉES DE GARONNE, 27

—

1903

De l'Extinction des Privilèges et Hypothèques

EN GÉNÉRAL

Et spécialement par voie de prescription.

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'Extinction des Privilèges et Hypothèques en général

ET

SPÉCIALEMENT PAR VOIE DE PRESCRIPTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

PAR

Louis ABADIE

AVOCAT

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

(Société anonyme à capital variable)

27, ALLÉES DE GARONNE, 27

—

1903

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. A. DELOUME, ✻, Doyen, professeur de Droit romain.
PAGET, ✻, Doyen honoraire, professeur de Droit romain.
CAMPISTRON, professeur de Droit civil.
WALLON, professeur de Droit civil.
BRESSOLLES, professeur de Procédure civile.
VIDAL, professeur de Droit criminel.
HAURIOU, professeur de Droit administratif.
BRISSAUD, professeur d'Histoire générale du Droit.
ROUARD DE CARD, professeur de Droit civil.
MÉRIGNHAC, ✻, professeur de Droit international public et de Législation et économie coloniales.
TIMBAL, professeur de Droit constitutionnel.
DESPIAU, professeur de Législation française des finances et de Législation et Economie industrielles.
HOUQUES-FOURCADE, professeur d'Economie politique.
FRAISSAINGEA, professeur de Droit commercial et de Droit maritime.
MARIA, professeur d'histoire du Droit public et de principes du Droit public.
GHEUSI, professeur de Droit international privé.
MESTRE, agrégé des Facultés de Droit, chargé de Cours.
MAGNOL, docteur en Droit, suppléant.

HABERT, ✻, licencié en Droit, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

HUC, ✻, conseiller honoraire à la Cour de Paris, professeur honoraire.
POUBELLE, G. O. ✻, ancien ambassadeur de France, professeur honoraire

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. GHEUSI.

SUFFRAGANTS { MM. CAMPISTRON.
ROUARD DE CARD.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

À MON PÈRE ET À MA MÈRE

A MES SŒURS

MEIS ET AMICIS

BIBLIOGRAPHIE

ANDRÉ. — *Traité pratique du régime hypothécaire*, édition de 1898.

AURBY ET RAU. — *Cours de droit civil français*, 4me édition.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, tom. II et III, 7me édition.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité théorique et pratique du Droit civil*, tom. II et XXIV.

CARPENTIER ET FRÈREJOUAN DU SAINT. — *Répertoire général alphabétique du droit français.*

CHAUVEAU ET CARRÉ. — *Procédure civile et administrative.*

COLMET DE SANTERRE ET DEMANTE. — *Cours analytique de Code civil.*

DALLOZ. — *Répertoire alphabétique* (*verbis :* ordre, prescription, privilège et hypothèques.)

DALLOZ. — *Supplément au répertoire. Verbo :* privilèges et hypothèques.

DALMBERT. — *Traité théorique et pratique de la purge*, édition de 1891.

DAVIEL. — *Traité de la législation et de la pratique des cours d'eau.*

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon.*

DURANTON. — *Cours de droit civil français.*

GLASSON. — *Revue pratique de droit* (année 1873.)

GRENIER. — *Traité des hypothèques.*

GUILLOUARD. — *Traité des privilèges et hypothèques.*

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil.*

LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations.*

LAURENT. — *Principes du droit civil français.*

MERLIN. — *Traité des prescriptions.*

MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code civil,* 7me édition.

POTHIER. — *Œuvres complètes.*

PAUL PONT. — *Explication théorique et pratique du Code civil.* (Commentaire, traité des privilèges et hypothèques.)

Pandectes Françaises. — *Verbo :* Privilèges et hypothèques, tom. I et II.

PARDESSUS. — *Traité des servitudes et services fonciers,* 6me édition.

PROUDHON. — *Traité des droits d'usufruit.*

THÉZARD. — *Des privilèges et hypothèques.*

TROPLONG. — *Droit civil expliqué.*

TOULLIER. — *Droit civil français.*

VALETTE. — *Cours de droit civil. Traité des hypothèques.*

VAZEILLE. — *Traité des prescriptions.*

INTRODUCTION

Après avoir déterminé en de nombreux articles de quelle manière les privilèges et hypothèques naissent, se conservent et produisent leurs effets, les rédacteurs du Code civil ont, dans une seule disposition, l'article 2180, indiqué de quelle manière ils s'éteignent.

Ce laconisme peut se justifier par cette observation que les divers modes d'extinction signalés par cet article se rattachent à des dispositions précises et à des principes généraux expressément formulés ou implicitement contenus dans les articles qui constituent notre droit civil.

C'est cette considération qui nous a amené à tenter dans l'étude que nous entreprenons de faire une sorte de synthèse des règles essentielles que l'application de l'article 2180 peut comporter.

En regard de cet intérêt théorique, il convient aussi de placer l'intérêt pratique que les questions de cette nature peuvent présenter.

S'il est important pour le créancier de s'assurer le bénéfice des privilèges et des hypothèques à leur origine, il est non moins important d'en conserver tous

les avantages en les empêchant de s'éteindre, avec d'autant plus de raison que dans beaucoup de cas l'extinction se produit d'une façon détournée et presque insidieuse, comme il arrive dans certains cas de prescription.

Ce double intérêt théorique et pratique explique suffisamment et justifie le choix que nous avons fait de ce sujet.

Ainsi que l'indique le titre même que nous donnons à notre travail, nous nous proposons de passer en revue les diverses manières dont les privilèges et les hypothèques s'éteignent ; mais notre intention n'est pas de les approfondir toutes également. Le sujet ainsi traité serait beaucoup trop vaste. Nous porterons tout particulièrement notre attention et nos recherches sur l'extinction qui résulte de la prescription.

Quant aux autres modes d'extinction, nous nous contenterons d'en signaler l'économie générale, d'en fixer le caractère et les règles essentielles, nous arrêtant seulement à l'examen de certaines questions se rattachant plus particulièrement à notre sujet.

La division que nous venons d'établir pour le bon ordre de notre travail ne nous dispense pas d'indiquer la distinction rationnelle qui doit être faite entre les divers modes d'extinction, basée sur la manière même dont cette extinction se produit. Nous verrons en effet que dans certains cas les hypothèques et les privilèges s'éteignent indirectement et par voie de conséquence, tandis que dans d'autres, c'est directement à eux que s'attaquent les causes

d'extinction, sans que les droits et obligations qu'ils sont destinés à garantir se trouvent atteints autrement que par la suppression même de cette garantie. Cette distinction ne peut d'ailleurs faire obstacle en aucune façon à la division que nous avons adoptée. Nous ne la mentionnons ici que pour mémoire.

PREMIÈRE PARTIE

Des Modes d'extinction des Privilèges et Hypothèques autres que la Prescription.

CHAPITRE PREMIER

Des Modes d'extinction prévus par les §§ 1er, 2 et 3 de l'article 2180.

En dehors de la prescription, l'article 2180 du Code civil signale trois cas d'extinction des privilèges et hypothèques.

1° L'extinction de l'obligation principale ;

2° La renonciation du créancier à l'hypothèque ;

3° L'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis.

Il est à peine besoin de faire remarquer que cette énumération n'a rien de limitatif, et nous aurons en effet à signaler plus tard et à étudier sommairement d'autres modes d'extinction non prévus par cet article.

SECTION PREMIÈRE

Extinction de l'obligation principale.

L'extinction de l'obligation principale entraîne par voie indirecte l'extinction des privilèges et hypothèques qui y étaient attachés.

La justification théorique de cette règle se trouve dans la nature, le caractère et la destination même des privilèges et des hypothèques.

Le régime des privilèges et des hypothèques est un régime d'exception à la règle générale écrite dans les articles 2092, 2093 et 2094 qui disent que celui qui s'oblige personnellement est tenu de remplir ses engagements sur ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. Ces biens, ajoutent ces articles, sont le gage commun des créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait des causes légitimes de préférence.

Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques.

De l'économie de ces articles, il résulte que, dans leurs relations normales entre eux et avec leur débiteur, les créanciers ont tous des droits égaux et similaires. Ils ont la même action contre lui pour l'obliger au paiement ; cette action pourra s'exercer sur ses biens, mais ce gage étant commun à tous lorsqu'ils auront mis en mouvement l'action que leur donne la loi et qu'ils l'auront réalisé en le transformant en

argent, ils doivent s'en partager le produit en proportion de leurs créances respectives. Tel est le droit commun basé sur une règle de justice et de stricte équité.

Les privilèges et les hypothèques font subir à cette règle générale une modification. Leur effet essentiel est de donner à certains créanciers un droit de faveur, c'est-à-dire un droit exceptionnel sur ce gage commun.

Ce droit exceptionnel résultera, de la nature même de la créance dans certains cas, de la convention des parties ou de l'effet seul de la loi dans d'autres cas. A l'action personnelle que donne tout droit de créance contre le débiteur et contre ses biens, viendra s'ajouter un droit spécial et direct, droit réel, droit de faveur attaché à la créance, et dont le bénéfice se traduira par l'avantage et la faculté qu'aura le créancier d'exercer directement son droit de créance sur l'immeuble, en quelques mains qu'il se trouve : c'est le droit de suite ; et de se faire payer sur le prix de cet immeuble avant les créanciers ordinaires de qualité moindre ou de rang inférieur : c'est le droit de préférence.

Il suit de là que le droit qui résulte de la constitution du privilège et de l'hypothèque, droit réel, droit de suite, droit de préférence, est un droit purement accessoire. Il implique de toute nécessité une créance ou tout autre droit actif et l'on ne peut pas concevoir qu'il existe isolément et par lui-même, sans une créance ou un droit dont il assure le paiement ou l'exécution, c'est-à-dire sans objet.

C'est donc par application des règles de la stricte logique et du bon sens que le législateur a été amené à dire que l'extinction de l'obligation principale avait pour effet d'éteindre les privilèges et hypothèques qui y étaient attachés.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il est d'abord nécessaire que l'obligation principale soit complètement éteinte ; si elle ne l'était qu'en partie, le privilège ou l'hypothèque conserveraient tout leur effet et cela s'explique suffisamment par le caractère d'indivisibilité qui appartient à ce droit accessoire (Art. 2914).

Il importerait donc peu que l'obligation fût exécutée pour la plus grande partie. Tant qu'un lien de droit subsiste entre le créancier et le débiteur, le droit hypothécaire demeure intact pour la garantie de ce qui reste dû ; il ne subira pas une réduction proportionnelle à l'extinction de l'obligation et s'exercera dans une plénitude absolue sur les biens qui en sont l'objet, dans leur généralité et dans chaque partie.

L'extinction de l'obligation doit être complète, avons-nous dit ; ajoutons qu'elle doit être définitive et absolue. Si donc la libération n'était que conditionnelle, le privilège et l'hypothèque conserveraient tout leur effet, en tenant compte cependant de la distinction qu'il y aurait lieu de faire entre la libération soumise à une condition suspensive et celle qui dépendrait d'une condition résolutoire.

Les privilèges et les hypothèques suivraient dans ce cas le sort de l'obligation principale.

Si donc l'extinction de l'obligation principale dé-

pend de la réalisation d'une condition, cette obligation ne se trouvant éteinte que lorsque la condition prévue sera réalisée, les garanties résultant de l'hypothèque ou du privilège ne s'éteindront elles-mêmes qu'à ce moment.

La libération de l'obligation simplement soumise à une condition résolutoire produira au contraire l'extinction du privilège et de l'hypothèque, puisque dans ce cas l'obligation principale se trouvera éteinte mais la condition résolutoire se réalisant donnerait force et vie au droit hypothécaire ou privilégié en même temps qu'au droit principal.

Ce double principe est sans difficulté lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux relations qui peuvent exister entre le créancier et le débiteur. Il peut en être autrement lorsque des tiers sont appelés à faire valoir leurs droits. Ces tiers peuvent avoir des droits réels sur l'immeuble qui se sera trouvé affranchi du droit hypothécaire éteint par une libération soumise à la condition résolutoire. La réalisation de la condition résolutoire fera revivre le droit hypothécaire éteint conditionnellement, mais cette sorte de résurrection du droit donnera-t-elle au créancier tous les avantages qu'il avait antérieurement ? Ce droit hypothécaire sera-t-il opposable à ceux qui dans l'intervalle écoulé entre la libération conditionnelle et la réalisation de la condition auront acquis des droits réels sur l'immeuble ?

Nous n'hésitons pas à répondre négativement à cette question et cela par cette raison déjà déduite que la condition résolutoire n'empêche pas que la li-

bération soit acquise et produise tous ses effets jusqu'au jour où la condition est réalisée. Cette libération de l'obligation principale entraîne l'extinction du droit hypothécaire ; l'immeuble hypothéqué s'est donc trouvé libre et les tiers ont ainsi pu valablement acquérir des droits réels sur cet immeuble, droits qu'ils pourront opposer victorieusement au droit hypothécaire que la réalisation de la condition aura fait revivre. Il va de soi que nous raisonnons ici dans l'hypothèse où ces droits réels en conflit auront été dûment conservés conformément aux dispositions de la loi du 23 mars 1855.

L'opinion que nous venons d'émettre nous paraît trouver sa confirmation dans la règle posée dans l'article 2125, qui déclare que ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même résolution.

Les considérations générales que nous venons d'exposer peuvent se résumer dans les termes suivants : pour produire l'extinction des privilèges et des hypothèques, l'extinction de l'obligation principale doit être complète, définitive et absolue.

Le mode d'extinction importera peu d'ailleurs, et l'on peut à cet égard se référer à l'article 1234 qui donne une énumération des diverses manières dont les obligations s'éteignent sans que cette énumération ait rien de restrictif.

Il n'est pas dans notre intention de nous livrer à une étude spéciale et approfondie de chacun des

modes d'extinction prévus par cet article ; cela nous entraineraît en dehors des limites que nous nous sommes imposées. Nous nous contenterons de quelques considérations d'ordre général et nous n'insisterons que sur certains points particuliers qui se rattachent plus particulièrement à l'objet de notre étude.

§ 1er. — *Le Paiement.*

Le mode d'extinction le plus rationnel est le paiement ; c'est celui que l'article 1234 signale en première ligne.

Le mot paiement doit être pris ici dans sa signification la plus large et la plus étendue. Il s'applique à tout acte qui constitue l'exécution d'une obligation, soit qu'il s'agisse d'une obligation positive telle que celle de payer une somme d'argent, de fournir un objet déterminé, ou d'accomplir un acte, soit qu'il s'agisse d'une obligation négative, telle que celle qui consiste à ne pas faire.

Tout lien de droit entre deux personnes, toute obligation dont l'objet peut varier à l'infini suivant la volonté des parties et la diversité de leurs relations, peuvent avoir comme accessoire une stipulation hypothécaire destinée à en garantir l'exécution.

Cette exécution accomplie, il y aura paiement, c'est-à-dire extinction de l'obligation et par voie de conséquence, extinction de l'hypothèque qui n'en est que l'accessoire.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il faudra que ce paiement soit libératoire, et il n'aura ce caractère que s'il s'applique à la chose due dans son intégralité, et s'il est fait au créancier capable de le recevoir et de consentir la libération.

C'est ainsi que le paiement fait au mineur ou à l'interdit sans l'assistance du tuteur ou du curateur, à la femme non autorisée de son mari, ne serait pas libératoire et n'éteindrait pas les hypothèques et les privilèges. L'article 1341 apporte un tempérament à cette règle, et déclare le paiement valable et libératoire lorsqu'il aura tourné au profit de l'incapable.

L'extinction du privilège ou de l'hypothèque se trouve donc soumise à la condition que le paiement, c'est-à-dire l'extinction de l'obligation, aura tourné au profit de l'incapable ; de son côté l'extinction de l'obligation principale est subordonnée au résultat de l'action de *in rem verso*.

Cela étant, à quel moment faut-il se placer pour déterminer l'utilité du paiement fait à l'incapable ?

La question est délicate et fait encore l'objet de vives controverses. Certains auteurs veulent qu'on apprécie l'utilité du paiement au moment même où il est opéré. Si à ce moment la chose payée a tourné au profit de l'incapable, il y a libération et, par suite, extinction des privilèges et des hypothèques sans qu'il y ait à tenir compte des faits postérieurs qui pourront faire perdre à l'incapable le bénéfice du paiement qui a été fait. « En effet, dit M. Laurent, si le paiement avait été fait au créancier capable de recevoir, il en aurait fait également emploi et un em-

ploi utile ; en ce sens, le paiement procure au créancier incapable le même profit qu'il aurait retiré d'un paiement valable. » (Laurent, t. XVII, n° 541 ; Aubry et Rau, t. V, p. 155, note 18.)

D'autres auteurs veulent qu'on se place au moment où se produit la demande d'un second paiement. Si, à ce moment, le paiement profite à l'incapable, il est reconnu valable et libératoire ; si, au contraire, le bénéfice qui avait pu résulter du paiement s'est évanoui, l'action de *in rem verso* n'existe plus au profit du débiteur qui est réputé avoir mal payé. Le débiteur, dit Pothier, doit justifier que le créancier a profité de la somme qui lui a été payée et que ce profit subsiste encore au temps de la demande. (Pothier, *Œuvres*, t. II, n° 504.)

M. Larombière est du même avis. « La question de *in rem verso,* dit-il, doit s'apprécier au moment où l'incapable intente son action en nullité ou en rescision. Il ne doit rembourser que ce dont il se trouve enrichi à cette époque. » (Larombière, sur l'art. 1312, n° 8 ; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. IV, p. 159, n° 8.)

Cette opinion nous paraît être la vraie. En effet, le créancier qui paie un incapable est en faute et la sanction légale de cette faute consiste dans la nullité du paiement. Telle est la règle. Sans doute, l'article 1241, dans une pensée d'équité, en atténue la rigueur, en appliquant la maxime, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, mais précisément parce que cette atténuation n'est pas autre chose qu'une exception, elle doit être appliquée restrictivement.

La raison donnée par M. Laurent ne nous paraît pas d'ailleurs décisive. Si le paiement, dit-il, avait été fait au créancier capable, il en aurait fait également emploi et emploi utile. On peut répondre à cela que rien ne prouve que le créancier capable aurait fait de la chose payée l'emploi utile qu'en a fait l'incapable. Ce qui est bien certain, c'est que si le débiteur n'avait pas, contrairement aux prescriptions de la loi, payé entre les mains de l'incapable, celui-ci aurait conservé son droit intact et avec tous ses avantages.

La solution serait tout autre si le fait ultérieur qui enlève au paiement son caractère d'utilité et de profit ne survenait qu'après cessation de l'incapacité. Les avantages du paiement irrégulier persistant en ce moment, il semble juste de décider que la libération est définitive. (Aubry et Rau, t. IV, p. 260.)

M. Larombière fait une distinction qui nous paraît fort rationnelle. Il prévoit le cas où la chose payée a été employée par l'incapable à faire une dépense non seulement utile, mais nécessaire. Si, plus tard, les avantages de cette dépense venaient à disparaître, le débiteur n'en resterait pas moins valablement libéré. Tel serait le cas où l'incapable aurait employé la somme payée à faire à sa maison des réparations urgentes et indispensables, et où cette maison serait ensuite détruite par un incendie. Le paiement fait n'en resterait pas moins valable, et le débiteur résisterait avec raison à une demande de second paiement ; et la raison qu'en donne le savant auteur nous paraît décisive, c'est que, dès le principe, l'incapable

se sera enrichi de ce qu'il aura été dispensé de débourser, puisqu'il devait parer à une dépense nécessaire.

Pour nous résumer sur ce point, nous estimons que le paiement fait à un incapable n'éteindra les privilèges et les hypothèque attachés à la créance qu'à la condition qu'il lui aura profité, et que l'utilité de ce paiement persistera au moment où l'action de *in rem verso* est engagée, à moins que la chose payée n'ait été employée à faire une dépense nécessaire, auquel cas l'utilité du paiement s'apprécierait au moment même où il a été opéré.

§ 2. — *Novation.*

Comme le paiement, la novation éteint l'obligation et, par voie indirecte, les privilèges et les hypothèques ; et cela de quelque manière qu'elle s'opère ; soit qu'il s'agisse de novation objective lorsque, conformément au numéro 1 de l'article 1271, le débiteur contracte envers le créancier une dette nouvelle qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte, soit qu'il s'agisse de novation subjective qui s'opère lorsqu'un nouveau débiteur ou un nouveau créancier est substitué au débiteur ou au créancier primitif.

Ce mode d'extinction de privilège et d'hypothèque a ceci de particulier, qui le distingue essentiellement du paiement, que le créancier, sans avoir reçu effectivement ce qui lui est dû, voit disparaître les garanties réelles qui assortissaient son droit, et cela en

vertu de la simple fiction de la loi qui attribue à la novation l'effet d'éteindre l'obligation. Cette conséquence juridique est donc particulièrement grave et mérite d'éveiller toute la vigilance du créancier.

L'article 1278 fait une application expresse de ce principe, quand il décide que les privilèges et les hypothèques de l'ancienne créance ne passent pas à celle qui lui est substituée. Telle est la règle, règle absolue, dictée d'ailleurs par la logique, il faut bien le reconnaître, mais règle rigoureuse pour le créancier. La novation atteignant la dette, les privilèges et les hypothèques se trouvaient forcément éteints.

Le législateur y a apporté cependant un tempérament, et a autorisé le créancier à réserver, nonobstant la novation, les avantages que lui conféraient son privilège ou son hypothèque. Mais cette réserve doit être expresse.

Cette dernière disposition de la loi a eu pour effet de mettre fin à une controverse qui s'était élevée sous notre ancien droit. Dumoulin et Basnage professaient que dans le cas de novation objective, c'est-à-dire par substitution d'une dette à une autre, les hypothèques anciennes s'étendaient de plein droit à la nouvelle dette. (Basnage, *Traité des hypothèques*, première partie, chapitre VII.) Pothier, au contraire, voulait qu'une réserve expresse fût stipulée. (Pothier, *Des obligations*, numéro 599.) Les rédacteurs du Code ont adopté cette dernière manière de voir, qui nous paraît plus logique et plus conforme aux règles de la novation.

La réserve expresse a donc pour effet de conserver

au créancier le bénéfice de son privilège ou de son hypothèque, qui garantiront la nouvelle créance. Mais il faut bien remarquer que cette garantie restera la même, en ce sens qu'elle n'aura pas une étendue plus considérable, alors même que la nouvelle dette serait d'une quotité plus élevée que la première. Pour que la garantie hypothécaire s'étendît à cette quotité nouvelle, il faudrait, non des réserves, même expresses, mais une constitution formelle de droit hypothécaire, et cette hypothèque devrait être inscrite au bureau des hypothèques et ne prendrait rang qu'à partir de cette inscription.

Les réserves expresses dont nous nous occupons et qui ont pour objet d'empêcher les privilèges et les hypothèques de s'éteindre, par voie de novation, ne paraissent devoir soulever aucune difficulté lorsque la novation s'opère par la substitution d'une dette à une autre ou d'un créancier à un autre créancier.

Mais il en est tout autrement lorsque la novation résulte de la substitution d'un nouveau débiteur à un autre. Le cas est réglé par la disposition générale de l'article 1279, qui décide que les privilèges et hypothèques primitifs ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur. Cela va de soi et il était à peine besoin de le dire, c'est l'effet normal de la novation qui éteint la dette et ses accessoires. Mais ici peut se poser une question assez délicate : le créancier qui accepte un nouveau débiteur et fait ainsi novation de sa créance, en libérant le premier, peut-il malgré cette libération qui a pour objet direct l'obligation principale, conserver les garanties hypo-

thécaires qu'il avait contre son ancien débiteur?

Qu'il puisse le faire avec le consentement de ce dernier, cela ne paraît pas douteux, puisqu'il est admis qu'un tiers non obligé personnellement peut affecter hypothécairement ses immeubles au remboursement de la dette d'autrui.

Mais cette réserve peut-elle être faite en l'absence du débiteur ancien et à son insu? Les auteurs sont très divisés sur ce point. Nous serions assez porté à adopter l'opinion de ceux qui sont d'avis qu'une réserve de cette nature peut être faite en l'absence du débiteur primitivement obligé, et que cette réserve a pour effet de faire obstacle à l'extinction des garanties hypothécaires affectées à la première créance, bien que celle-ci se trouve éteinte par la novation.

Nous trouvons le motif de le décider ainsi, d'abord dans le texte même de l'article 1278, dont les termes sont généraux et ne laissent place à aucune distinction. Ils autorisent d'une manière absolue le créancier à réserver au profit de la nouvelle créance les privilèges et hypothèques de l'ancienne. Pourquoi distinguer, là où la loi ne distingue pas ? D'autre part la novation par la substitution d'un nouveau débiteur est un véritable contrat, puisqu'il faut que le nouveau débiteur se substitue à l'ancien, qu'il soit accepté par le créancier, et que ce dernier libère l'ancien débiteur. Ce contrat, aux termes de l'article 1274, peut se former sans le concours du premier débiteur, mais précisément par la raison qu'il s'agit d'un contrat, le créancier peut le soumettre à telles conditions,

à telles réserves qu'il lui conviendra de stipuler, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à la loi. C'est ce droit qu'a voulu consacrer l'article 1278 qui n'exige qu'une chose, c'est que les réserves soient expresses.

Le créancier libère le débiteur, il est naturel qu'il ait le droit de ne le libérer qu'à la condition que le droit réel qu'il a sur ses biens ne sera pas éteint et sera l'accessoire de la nouvelle obligation, ce qui en soi, ainsi que nous l'avons déjà dit, est parfaitement valable et régulier.

Qui pourrait se plaindre de cela, d'ailleurs ?

Ce n'est pas le nouveau débiteur qui figure dans le contrat, ce n'est pas davantage l'ancien dont la situation se trouve améliorée par la novation, puisque son obligation personnelle se trouve éteinte et que l'hypothèque qu'il avait consentie reste ce qu'elle était.

Nous estimons donc que dans ce cas comme dans les autres cas de novation précédemment signalés, les réserves expresses suffisent pour empêcher les privilèges et hypothèques de s'éteindre. (Demolombe, tom. XXVIII, 356 ; Aubry et Rau, tom. IV, 223 ; Colmet de Santerre, tom. V, 226 (*bis*) ; Larombière, article 1180, numéro 2 ; — *Contra* Pothier, Oblig. numéro 563 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tom. II, numéro 1088.)

§ 3. — *Compensation.*

La compensation se distingue des autres modes d'extinction indirecte des privilèges et hypothèques par

ce caractère essentiel, que l'extinction a lieu en dehors de la volonté du créancier et du débiteur. Il suffit que deux personnes aient l'une vis-à-vis de l'autre, la double qualité de créancier et de débiteur et que les deux dettes aient pour objet des choses de même nature, également liquides et exigibles, pour que par l'effet seul de la loi et à l'insu même des deux parties intéressées, les deux obligations se trouvent éteintes ainsi que les garanties hypothécaires.

Ajoutons qu'il importerait peu que l'une des deux dettes seulement fût assortie d'un privilège ou d'une hypothèque, l'effet légal n'en serait pas moins produit; les obligations étant éteintes, les garanties accessoires n'auraient plus d'objet et se trouveraient elles-mêmes éteintes par voie de conséquence.

On s'est demandé si les parties intéressées pourraient renoncer, par une convention expresse ou simplement tacite, à se prévaloir de cet effet légal de la compensation et par exemple, si un des débiteurs qui est en même temps créancier, pourrait éteindre sa dette par un paiement effectif et conserver sa qualité de créancier. Cela n'est pas douteux, car les règles de la compensation n'intéressent pas l'ordre public et les parties restent toujours maîtresses de leurs droits.

Cette faculté se trouve du reste consacrée implicitement par l'article 1299, qui prévoit un cas de renonciation tacite résultant du paiement effectué par l'un des débiteurs qui n'aurait pas opposé la compensation.

Cette sorte de convention expresse ou tacite est

donc parfaitement valable en elle-même, mais seulement dans les relations qui unissent entre eux le créancier et le débiteur. Quant aux tiers, dont cette convention particulière ne saurait atteindre les droits et léser les intérêts, il est manifeste qu'elle ne saurait produire aucun effet à leur égard. En ce qui les concerne, la compensation a produit tous les effets légaux, elle a éteint les deux dettes et en même temps les privilèges et les hypothèques. Il leur importe donc peu que l'un des débiteurs ait payé la dette éteinte par la compensation et soit resté créancier ; il ne pourra pas à leur détriment se prévaloir de cette dernière qualité et leur opposer par exemple les privilèges ou les hypothèques qui garantissaient sa créance.

Une exception est faite à cette règle par la dernière partie de l'article 1299, lorsque le débiteur qui aurait pu opposer la compensation a eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. Ce cas se réalisant, les privilèges et les hypothèques ne seront pas éteints. Ils ne seront pas éteints, non seulement entre le créancier et le débiteur, mais encore à l'égard des tiers à qui ils seront opposables.

Cette exception nous paraît aussi équitable que rationnelle ; elle est fondée sur cette double considération que dans le cas prévu, c'est-à-dire lorsque, ignorant sa qualité de créancier, le débiteur a payé sa dette, et n'a pas opposé la compensation, il n'a pas voulu renoncer au bénéfice de la compensation puisqu'il ignorait qu'elle s'opérât, et que d'un autre

côté, l'erreur entache de nullité les contrats exprès ou simplement présumés.

Nous trouvons là l'application de la règle posée par l'article 1377, qui dit que celui qui par erreur, se croyant débiteur a payé ce qu'il ne devait pas, a le droit de répétition.

Il y a lieu cependant de signaler une différence assez importante entre le cas de l'article 1377 et celui de l'article 1299. Dans le premier, il suffira au débiteur de prouver qu'il ne devait rien, tandis que dans le cas de compensation, il faudra que celui qui aura négligé d'opposer la compensation et aura payé une dette déjà éteinte, fasse la preuve qu'il a eu une *juste cause* d'ignorer qu'il était créancier. Ici l'erreur seule ne suffira pas. Il faudra, pour qu'il puisse soutenir que les hypothèques ou les privilèges ne sont pas éteints, qu'il prouve non seulement qu'il a ignoré l'existence de sa créance, mais que cette ignorance n'est pas le résultat d'une erreur grossière ou d'une négligence assimilables à une faute.

§ 4. — *Confusion.*

De la confusion considérée au point de vue particulier de notre travail, nous n'avons que peu de chose à dire. Elle a pour effet d'éteindre par voie de conséquence, comme tous les autres modes d'extinction des obligations, les privilèges et les hypothèques.

Le résultat de la confusion est moins d'éteindre la dette que de mettre le créancier dans l'impossibilité

de ramener l'obligation à exécution. Les deux qualités de créancier et de débiteur se trouvant réunies sur la même tête, se neutralisent. Toute obligation donne naissance à une action ; or, on ne peut pas concevoir un créancier exigeant de soi-même l'exécution d'une obligation. Cette observation, qui du premier abord paraît ne présenter qu'un caractère purement théorique, peut cependant dans certains cas avoir un intérêt pratique appréciable.

Il peut en effet arriver que les causes qui ont créé la confusion viennent à cesser. Cet événement se réalisant, il n'y aura en principe ni extinction de l'obligation principale, ni extinction des garanties réelles accessoires, du moins dans les rapports directs de débiteur à créancier.

Mais hâtons-nous d'ajouter que cette règle ne doit pas être entendue et appliquée dans un sens absolu ; car en cette matière comme dans le cas de la compensation, et à ne considérer la question qu'au point de vue exclusif de l'extinction des privilèges et des hypothèques, il y a lieu de tenir compte du droit des tiers.

La loi en faisant figurer expressément la confusion dans la nomenclature des causes d'extinction des obligations, ne laisse place à aucun doute en ce qui concerne ses effets par rapport aux privilèges et aux hypothèques. Ils sont éteints comme l'obligation elle-même. Mais l'obligation revivant par la cessation des causes qui ont produit la confusion, ses accessoires revivront-ils avec tous leurs caractères, tous leurs avantages et à leur ancienne date ?

Pour répondre à la question, une distinction est nécessaire : si les causes qui font cesser la confusion sont inhérentes à l'acte même qui l'a produite, elle se trouvera, par cela même, viciée à son origine, il n'y aura pas eu réellement confusion, l'obligation n'aura pas été éteinte et les privilèges ou les hypothèques conserveront toute leur force. Ils seront considérés comme ne s'étant pas éteints, mais sous la réserve des droits réels que pourraient avoir acquis des tiers sur l'immeuble grevé, dans le cas où sur la foi de cette confusion apparente, le créancier n'aurait pas renouvelé son inscription en temps utile, ou l'aurait laissé radier. Les règles de publicité prescrites par la loi du 23 mars 1855, devraient toujours recevoir leur application et régler les rapports des créanciers entre eux : l'hypothèque périmée ou radiée ne prendrait rang que du jour de sa réinscription.

Il en serait tout autrement si la confusion venait à cesser pour une cause indépendante de l'acte même qui l'avait produite et postérieure à cet acte. Dans ce cas, l'hypothèque et le privilège auraient été radicalement et définitivement éteints par l'effet de la confusion ; ils ne revivraient pas en même temps que l'obligation, du moins vis-à-vis des tiers qui pourraient avoir intérêt à se prévaloir de cette extinction. Un exemple applicable à chacune des hypothèses que nous venons de prévoir, fera mieux comprendre notre pensée : Un débiteur devient, en vertu d'un testament, légataire général et universel de son créancier. La confusion se produit ; les privilèges et les hypothèques qui étaient l'accessoire de la créance, s'étei-

gnent, mais ce testament est annulé pour vice de forme, ou bien on découvre un autre testament qui révoque le premier et institue un autre héritier ; il n'y aura plus lieu à confusion. La cause qui aura fait cesser cette confusion sera inhérente à l'acte même qui l'avait créée, c'est-à-dire au testament annulé ou devenu caduc. Dans cette hypothèse, les privilèges et hypothèques n'auraient pas été éteints, et si par ailleurs ils ont été conservés, ils produiront tout leurs effets à leur date première.

Supposons au contraire un testament parfaitement valable. La qualité de débiteur et celle de créancier se sont réellement trouvées réunies sur la même tête ; la confusion a produit tous ses effets. Mais l'héritier vend l'hérédité en bloc avec ses charges et ses droits sans restriction ni réserve et tels qu'ils existaient au moment du décès du testateur ; la créance qui se trouvait infuse dans l'hérédité vendue va désormais appartenir à l'acquéreur. Il est évident qu'entre le débiteur et le nouveau créancier les effets de la confusion vont cesser au point de vue de l'existence de la dette. Il n'en sera pas de même au regard des autres créanciers, par exemple des créanciers hypothécaires d'un rang inférieur, qui pourront soutenir avec raison que la confusion a produit irrévocablement ses effets et que les hypothèques sont éteintes sans que l'acte postérieur qui a fait cesser les causes de cette confusion puisse leur être opposé. (Laurent, tome XVIII, n° 507. — Troplong, *Hypoth.*, tome II, n° 502. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2352. — Aubry et Rau, tome III, p. 487, § 292.)

Les observations que nous avons présentées jusqu'ici sur quelques-unes des causes d'extinction des privilèges et des hypothèques, ont pour base juridique cette règle générale, plusieurs fois énoncée par nous, que n'étant qu'un accessoire destiné à garantir l'exécution d'une obligation principale, ils suivent le sort de cette obligation et s'éteignent, faute d'objet, en même temps qu'elle.

Il ne rentre pas dans le cadre de notre travail d'examiner en détail les autres modes d'extinction de l'obligation signalés par l'article 1234. Il va de soi que la règle que nous venons de formuler s'applique, avec toutes ses conséquences, à ces autres modes, ainsi qu'à tout autre qui ne figure pas dans l'énumération de cet article.

C'est ainsi que les hypothèques et les privilèges s'éteindront par la perte de la chose due, la nullité ou la rescision de l'obligation principale, l'effet de la condition résolutoire, la résiliation du contrat par la volonté des parties contractantes, l'échéance du terme, lorsque l'obligation n'a qu'une durée fixe et limitée à un certain temps ; la révocation du mandat ou le décès du mandant qui mettent fin aux obligations résultant du contrat de mandat, ou bien, enfin, le décès du débiteur, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire qui ne pouvait être exécutée que par une personne déterminée.

Nous avons eu déjà l'occasion de faire observer que telle que nous l'avons étudiée jusqu'à présent, l'extinction des privilèges et des hypothèques se produit par voie indirecte, elle est la conséquence

forcée de l'extinction de l'obligation principale.

Il nous reste à passer en revue les divers cas d'extinction directe.

L'article 2180 en signale trois :

La renonciation ;

La purge ;

La prescription.

Mais cette énumération n'a rien de limitatif et nous aurons à signaler d'autres cas d'extinction directe, non prévus par cet article. Le caractère propre de cette extinction est qu'elle atteint directement et exclusivement les privilèges et les hypothèques sans exercer aucune influence sur l'obligation principale elle-même. Celle-ci conserve sa force propre ; elle se trouvera seulement dépourvue de la garantie particulière que lui donnaient le privilège et l'hypothèque.

SECTION II

Renonciation du créancier à l'hypothèque.

Le cas le plus caractérisé d'extinction par voie directe est la renonciation.

Bien que le paragraphe 2 de l'article 2180 ne parle que de l'hypothèque, il est de toute évidence que cette cause d'extinction s'applique aussi aux privilèges ; les observations qui vont suivre s'appliquent aux deux.

La renonciation est un acte de la volonté par lequel le créancier renonce aux bénéfices et aux avantages que peuvent lui procurer les hypothèques ou les privilèges qui accompagnent sa créance.

Nous adoptons cette définition pour indiquer, dès à présent, que si la renonciation peut avoir pour origine un contrat synallagmatique, impliquant le concours de deux volontés, elle peut aussi revêtir le caractère d'un acte unilatéral, et produira tout son effet par la seule volonté du créancier renonçant.

Comme tous les actes de la volonté susceptibles de donner naissance à un lien de droit, la renonciation doit émaner d'une personne capable.

On s'est demandé à ce sujet si la capacité de celui qui renonce à une hypothèque doit être la capacité civile, pleine et entière, et, pour être plus précis, si le créancier renonçant doit avoir la capacité d'aliéner ses biens immobiliers. La question est l'objet de quelques controverses. M. Laurent n'admet pas que celui qui n'a que la capacité restreinte d'aliéner ses biens meubles puisse renoncer à un droit d'hypothèque. « L'hypothèque, dit-il, est un droit réel immo-« bilier, un démembrement de la propriété ; y re-« noncer, c'est disposer d'une propriété immobilière ; « pour pouvoir y renoncer, il faut donc avoir la « capacité d'aliéner un immeuble. » (Laurent, tome XXXI, n° 373.)

C'est ainsi que la femme séparée de biens qui ne peut, dans aucun cas, aliéner ses biens immeubles sans le consentement spécial de son mari (art. 1538), ne pourra pas, sans ce consentement, renoncer au

bénéfice d'une hypothèque. De même pour le mineur et l'interdit qui, même assistés de leur tuteur ou de leur curateur, ne peuvent aliéner leurs immeubles qu'en observant certaines formalités rigoureuses.

La raison donnée par M. Laurent nous paraît quelque peu spécieuse, et le savant auteur, dans ses déductions, fait une application par trop rigoureuse des règles de la capacité civile. Sans doute, l'hypothèque constitue un droit réel immobilier; et on peut la considérer, comme un démembrement de la propriété (nous aurons plus tard l'occasion d'examiner cette question), mais il ne faut pas perdre de vue, en somme, que ce droit, quelle que soit sa nature, n'est pas autre chose qu'un droit accessoire qui a pour objet de donner une garantie particulière à un droit le plus souvent mobilier.

Or, il n'est pas rationnel d'admettre que le créancier, qui peut aliéner l'objet principal de l'obligation, ne puisse pas, par une renonciation, aliéner ce qui n'en est que l'accessoire et la garantie.

Ne voit-on pas, d'ailleurs, qu'en disposant de l'obligation principale qui a un caractère mobilier, et en libérant le débiteur, ce qu'il a le droit absolu de faire, le créancier à capacité restreinte fait disparaître, par cela même, le droit hypothécaire qui s'éteindra en même temps que l'obligation. En bonne logique, le système de M. Laurent devrait l'amener à décider que celui qui a la capacité de disposer de ses biens meubles et de ses créances ne pourra pas recevoir du débiteur le montant d'une créance, par cela seul qu'elle sera garantie par une hypothèque.

En effet, l'incapable ne devrait pas plus être autorisé à éteindre le droit au moyen d'une simple extinction de la dette, qu'au moyen d'une renonciation directe. Il paraît donc préférable d'appliquer la maxime : « Qui peut le plus, peut le moins », et de décider que celui qui n'a que la capacité d'aliéner une créance hypothécaire, peut aliéner son droit hypothécaire au moyen d'une renonciation.

C'est ainsi, d'ailleurs, que le décident la plupart des auteurs. (Pont, tome II, n° 1233. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome, III, n° 2260.)

Aucune forme spéciale n'est exigée pour la validité de la renonciation qui nous occupe, et tout le monde est d'accord pour reconnaître que si l'acte qui donne naissance à l'hypothèque conventionnelle doit être authentique, la même condition de forme n'est pas exigée pour l'anéantir au moyen de la renonciation.

Une exception est faite cependant par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, modifiée et complétée par la loi du 13 février 1889, lorsqu'il s'agit pour la femme mariée de renoncer à son hypothèque légale. Dans ce cas, l'acte authentique est nécessaire. Mais cette exception expresse de la loi ne fait que confirmer la règle générale que nous venons d'énoncer.

La renonciation à l'hypothèque pourra donc être faite par acte public ou par acte sous-seing privé ; elle pourra encore être faite par simple convention verbale, sous la réserve des règles prescrites en matière de preuve par l'article 1341 ; elle pourra même n'être que tacite et résulter de faits et de circonstances

dont les tribunaux restent toujours les appréciateurs souverains.

Ce que nous venons de dire sur la forme qui peut être donnée à la renonciation n'est pas contredit par la disposition de l'article 2158, qui exige, pour faire opérer la radiation de l'hypothèque sur les registres du conservateur, l'expédition de l'acte authentique portant consentement.

La disposition tout exceptionnelle de cet article s'explique par la distinction qu'il y a lieu de faire entre la renonciation proprement dite, acte de la volonté, et la radiation, acte purement matériel, qui consiste à effacer des registres du conservateur la mention du droit hypothécaire.

La renonciation au droit d'hypothèque, comme la création de ce droit, ont leur origine dans la volonté et l'accord des parties.

Le droit hypothécaire existe par lui-même indépendamment de toute inscription. L'inscription réalise complètement la convention des parties, et, en plus, quand il y a plusieurs créanciers, a pour effet de déterminer le rang que les hypothèques doivent avoir entre elles. De même, l'anéantissement de ce droit par la renonciation est indépendant de la radiation.

Dès l'instant où la renonciation a produit son effet légal, qui est l'extinction de l'hypothèque, l'inscription sur les registres du conservateur est sans portée, comme sans objet. Elle n'est plus que la manifestation sans valeur d'un droit désormais éteint.

Mais cette manifestation, si vaine qu'elle soit en elle-même, peut être gênante pour le crédit du débi-

teur, dont l'immeuble reste en apparence grevé d'une charge qui, en réalité, n'existe plus. Il peut être dans ses convenances de faire disparaître cette charge apparente, en faisant radier l'inscription, qui n'a plus sa raison d'être.

C'est spécialement pour ce cas que l'article 2158 exige, pour la garantie du conservateur chargé d'opérer la radiation, la production d'un acte authentique constatant la renonciation. Il n'en reste pas moins vrai que pour éteindre le droit hypothécaire en lui-même, le simple accord des parties suffit, sans autre condition de forme. (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2261.)

Nous avons eu déjà l'occasion de signaler que cette renonciation peut résulter soit d'un contrat synallagmatique intervenu entre le créancier d'une part et le débiteur ou toute autre personne intéressée d'autre part, soit d'un acte simplement unilatéral.

Le créancier, en effet, qui a la libre disposition de ses droits peut, par le simple effet de sa volonté, faire abandon de ce qui forme un accessoire de sa créance, comme il pourrait le faire de la créance elle-même. La renonciation, dans ce cas, prend le caractère d'une sorte de libéralité.

Faut-il conclure de là que, pour produire tous ses effets, cette renonciation doit être acceptée par le débiteur et par les tiers intéressés?

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que tous les intéressés, et notamment les autres créanciers hypothécaires, ont le droit de se prévaloir de la renonciation qui n'aurait qu'un carac-

tère unilatéral, alors même qu'elle n'aurait pas été acceptée par le débiteur. (Troplong, *Hyp.*, tome IV, n° 868. — Aubry et Rau, tome III, § 292, note 19. — Pont, tome II, n° 1232. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2259.)

« En thèse générale, dit la Chambre des Requêtes dans une décision du 19 novembre 1855, il suffit que le propriétaire d'un droit manifeste son intention de n'en pas faire usage pour que le droit secondaire prenne le rang du droit éteint qui le primait. » (Dalloz, *Recueil périodique*, 56, 1, 175.)

Le principe posé par cet arrêt a un caractère absolu ; la manifestation de la volonté suffit pour que la renonciation soit définitive *ipso facto* et l'hypothèque éteinte.

Ainsi formulée, cette doctrine nous paraît présenter un caractère bien rigoureux et bien absolu. Faudrait-il en déduire, par exemple, que le créancier renonçant ne pourrait plus revenir sur sa renonciation, même en l'absence de toute acceptation du bénéfice de la renonciation par les tiers intéressés ? La raison de douter peut venir de la règle écrite dans l'article 1121, qui déclare que celui qui a stipulé pour autrui ne peut plus révoquer la stipulation, lorsque le tiers a déclaré vouloir en profiter, et surtout dans l'article 790, qui autorise l'héritier renonçant à revenir sur sa renonciation, si la succession n'a pas déjà été acceptée par d'autres héritiers.

Pourquoi n'appliquerait-on pas cette règle au cas qui nous occupe et ne déciderait-on pas que la renonciation à l'hypothèque, faite unilatéralement, n'est

irrévocable que du moment où un tiers intéressé quelconque aura manifesté l'intention d'en recueillir le bénéfice ?

La doctrine généralement admise par les auteurs et par la jurisprudence ne paraît pas permettre ce tempérament : La Cour d'Orléans, dans un arrêt confirmé par la Cour de cassation le 21 octobre 1901, pose en principe que la renonciation au droit hypothécaire entraîne l'extinction définitive de ce droit ; elle ajoute : « Que dès l'instant qu'elle était régulièrement consentie, elle était devenue envers les tiers irrévocable..... qu'en effet, les actes unilatéraux ne doivent pas être confondus, au point de vue de la révocation, avec les conventions qui, se formant par le consentement de deux ou plusieurs parties, ne peuvent être rétractées que par une acceptation ou un consentement de leur part ; que les actes unilatéraux de renonciation qui n'emportent pas transmission d'un droit ne nécessitent pas l'acceptation des tiers qui en bénéficient ; que la main-levée d'une inscription avec désistement de tout droit d'hypothèque est un acte unilatéral emportant renonciation à un droit réel, qui n'exige que la manifestation de la volonté de celui dont elle émane. » (Orléans, 29 novembre 1889. — Dalloz, 90, 2, 153.)

L'arrêt dont nous venons de citer la partie la plus importante, est accompagné dans le recueil périodique de M. Dalloz, d'une note doctrinale de notre maître, M. Mérignhac, qui en adopte les principes et y ajoute la haute autorité de son opinion. Après avoir établi qu'il y a une distinction fondamentale à faire

entre la main-levée impliquant renonciation au droit hypothécaire et la radiation d'inscription, le savant professeur de la Faculté de Toulouse ajoute « que la main-levée, c'est-à-dire la renonciation à l'hypothèque, constitue une abdication intégrale de la sûreté réelle qui avait été concédée. Or nul ne conteste, ajoute-t-il, que les renonciations ne soient parfaites et définitives, du jour où elles ont été consenties indépendamment de toute intervention de ceux qui doivent en bénéficier. La renonciation à usufruit, à prescription, sont des actes unilatéraux qui ne constituent nullement des contrats et qui par suite sont acquis dès que la volonté de renoncer s'est produite d'une manière non équivoque. Pourquoi en serait-il autrement de la renonciation à l'hypothèque se traduisant sous forme de main-levée ? Donner à l'acte le caractère de simple pollicitation, c'est en méconnaître la portée véritable ».

La doctrine dont nous rapportons ici les principaux éléments trouve sa raison théorique dans la distinction faite par certains auteurs, entre la renonciation translative et la renonciation simplement abdicative. Pour la première on exige, pour qu'elle prenne un caractère irrévocable, l'acceptation de celui qui est appelé à recueillir un droit, lequel par la volonté du renonçant s'efface au profit d'un autre, ou passe de sa tête sur une autre. La seconde n'étant que l'anéantissement du droit, sans translation directe à un tiers, produit définitivement tout son effet par la seule volonté du renonçant.

C'est ce que Larombière formule dans les termes

suivants : « Les simples actes de renonciation purement abdicative et ne contenant aucune translation de droits, n'ont pas besoin d'être acceptés par les tiers qui en profitent. Ils produisent effet par eux-mêmes, sans que les tiers en faveur desquels ils ne contiennent aucune stipulation ou engagement, soient tenus pour les rendre irrévocables, à leur égard, de se les approprier par une acceptation expresse ou tacite. De pareils actes sont immédiatement parfaits, par la seule déclaration unilatérale de la personne de qui ils émanent. » (Larombière, sur l'article 1282, n° 2. Aubry et Rau, IV, p. 204, note 16.)

Nous avons dit que la renonciation à l'hypothèque pouvait n'être que tacite, c'est-à-dire résulter non d'une déclaration expresse, mais d'un fait accusant la volonté de renoncer.

Le principe n'est pas douteux, mais son application peut donner lieu à des difficultés nombreuses et d'un caractère fort délicat. Il est dominé d'ailleurs par cette règle générale : *Nemo juri suo facile renuntiare presumitur.*

Il faudra donc que les actes dont on veut faire résulter la renonciation tacite à l'hypothèque n'aient rien d'équivoque ou d'incertain et qu'ils révèlent bien clairement l'intention de renoncer. Les auteurs donnent à cet égard un critérium qui paraît assez sûr. Ils veulent que le fait révélateur de l'intention ne puisse pas s'expliquer autrement que par l'intention et la volonté de renoncer.

Tel est par exemple le concours du créancier dans un acte d'aliénation de l'immeuble qui lui avait été

hypothéqué si la participation de ce créancier à l'acte d'aliénation ne se justifie par aucun intérêt personnel et ne s'explique par aucune stipulation faite à son profit ; il faudra induire de cette participation qu'il a voulu libérer l'immeuble aliéné de son droit d'hypothèque.

Le principe étant admis, les faits restent soumis à l'examen et à l'appréciation souveraine des tribunaux.

Cette renonciation tacite devra d'ailleurs être limitée et restreinte suivant l'intention présumée du renonçant. La règle générale déjà signalée est qu'on n'est pas présumé avoir renoncé à son droit, s'il n'y a pas pour cela une indication certaine. C'est ainsi que dans le cas que nous venons de prévoir la renonciation ne profitera qu'à l'acquéreur. Les autres créanciers hypothécaires d'un rang inférieur ne pourront pas s'en prévaloir. De même encore, cette renonciation n'aura d'effet qu'en tant qu'elle peut intéresser l'acquéreur qui se trouvera ainsi à l'abri de l'exercice du droit de suite de la part du créancier, lequel conservera cependant son droit de préférence à l'égard des autres créanciers et pourra se faire payer suivant le rang que lui donne son inscription.

Il va de soi qu'il en serait autrement, et que le droit de préférence serait lui-même perdu si l'acte d'aliénation auquel prendrait part le créancier hypothécaire, contenait quittance du prix ou délégation de ce prix à certains créanciers déterminés. Le concours du créancier à un pareil acte, en dehors même de toute stipulation expresse, entraînerait l'extinc-

tion du droit de préférence comme du droit de suite, c'est-à-dire la perte totale du droit hypothécaire sur l'immeuble vendu ; mais sur l'immeuble vendu seulement, car l'hypothèque, si elle était générale, conserverait tous ses effets sur les autres biens du débiteur.

Tout se ramène donc, en cette matière, à l'interprétation des actes dont on veut faire résulter la renonciation tacite. Les effets et la portée de cette renonciation se détermineront par l'intention présumée du créancier, telle que les faits la révèlent.

La Cour de cassation a fait une application assez intéressante des règles que nous venons de poser, dans un arrêt du 10 avril 1855. (Sirey, année 1855, I, 653.) Un créancier ayant une hypothèque judiciaire intervient dans le contrat de mariage de son débiteur et lui fait donation de certains immeubles. Régulièrement et par la force seule de la loi (art. 2123) qui étend aux biens à venir du débiteur les effets de l'hypothèque judiciaire, les immeubles objet de cette donation, devaient se trouver grevés de l'hypothèque du donateur. Les juges saisis de la question, décidèrent cependant, qu'en donnant par contrat de mariage à son débiteur, des immeubles qui devaient servir de garantie pour le remboursement de la dot constituée à la future, le donateur avait tacitement renoncé à son hypothèque ; et la Cour de cassation dans l'arrêt précité, décida que les premiers juges avaient pu apprécier ainsi qu'ils l'avaient fait, les fait signalés et déclarer que l'hypothèque était éteinte.

Avant la loi du 23 mars 1855, les tribunaux avaient

fait de fréquentes applications de ces principes à la femme mariée qui figurait dans les actes d'obligation ou d'aliénation passés par son mari.

Le seul concours de la femme à de pareils actes pouvait être considéré comme impliquant renonciation par elle à son hypothèque légale et extinction de cette hypothèque au profit de l'autre partie contractante, et cela soit que l'acte auquel la femme avait participé fût en la forme authentique, soit qu'il fût un simple sous-seing privé.

Il y avait là pour la femme mariée trop facilement dominée par son mari, et le plus souvent ignorante des conséquences de son intervention, un véritable danger. Aussi l'article 9 de la loi précitée décida-t-il que le concours de la femme mariée dans un acte, avec son mari, n'impliquerait de sa part renonciation tacite à son hypothèque légale qu'à la condition que cet acte serait en la forme authentique. La loi du 13 février 1889 est encore allée plus loin dans ce système de protection. Tout en maintenant la nécessité de l'authenticité de l'acte, elle a déclaré que la renonciation tacite de la femme mariée à son hypothèque légale, ne pourrait résulter de son concours à l'acte d'aliénation ou d'obligation que si elle stipulait soit comme covenderesse, soit comme garante ou caution de son mari.

Mais dans cette hypothèse même, le droit de suite seul, ainsi que nous l'avons déjà noté, se trouverait éteint, et la femme conserverait, en vertu de la disposition expresse de la loi, son droit de préférence sur le prix.

SECTION III

Purge des privilèges et des hypothèques.

Les privilèges et les hypothèques s'éteignent, dit l'article 2180..... 3° par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs, pour purger les biens par eux acquis.

Il n'est peut-être pas rigoureusement exact de dire que les hypothèques et les privilèges sont éteints par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites pour la purge, à moins que dans ces formalités et conditions on ne veuille comprendre le paiement.

Il va de soi, en effet, que le créancier ne perdra les avantages et droits réels accessoires qui sont attachés à sa créance que par le paiement effectif ou par tout acte équivalent au paiement. Ces avantages dont nous avons eu plusieurs fois déjà l'occasion d'indiquer le caractère essentiel, consistent en un droit de suite et en un droit de préférence : droit de suite qui permet au créancier de suivre l'immeuble sur lequel il a un droit d'hypothèque ou de privilège, entre les mains des tiers acquéreurs, et d'obliger ces derniers à délaisser ou à purger ; droit de préférence, qui lui permet de se faire payer sur le prix, suivant la date de son inscription, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque ordinaire et suivant la nature et la qualité de sa créance lorsqu'il s'agit d'un privilège, et par préfé-

rence aux créanciers d'un rang ou d'une qualité inférieure.

Les formalités de la purge correspondent à chacun de ces deux droits. C'est ainsi que le droit de suite se trouvera éteint par les notifications faites aux créanciers inscrits ou aux créanciers pourvus d'hypothèques légales non soumises à inscription, conformément aux indications de la loi (art. 2183 et 2194), et après l'expiration des délais impartis pour la surenchère du dixième (art. 2186) ou après la revente sur surenchère, si la surenchère a été faite dans les délais. Mais cela ne suffira pas pour éteindre tous les effets de l'hypothèque et du privilège. Le droit de préférence subsistera sur le prix, et donnera au créancier la faculté de se faire payer par le tiers acquéreur, suivant le rang ou la qualité de sa créance. C'est seulement après que cette libération effective aura eu lieu, qu'on pourra dire que le droit hypothécaire est réellement éteint. (Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, numéro 2309.)

Les diverses formalités et conditions de la purge font l'objet d'un chapitre spécial assez étendu du Code civil. Les limites que nous avons assignées à notre travail ne nous permettent pas d'entrer dans l'examen détaillé de ses diverses formalités et des questions très complexes qui s'y rattachent. Nous nous contenterons donc de porter notre attention sur les points qui intéressent plus particulièrement notre sujet.

Ainsi que nous venons de l'indiquer, tant que le prix n'a pas été effectivement payé ou consigné, les

formalités de la purge ont pour effet de restreindre, plutôt que d'éteindre le droit hypothécaire. Il y a en quelque sorte déplacement du droit, qui passe de l'immeuble sur le prix qui en provient, et par conséquent changement du caractère de ce droit qui, de réel qu'il était, devient purement un droit de créance. C'est ce qu'indique, d'ailleurs, en termes formels l'article 2186.

Le droit de libérer par la purge l'immeuble hypothéqué n'appartient qu'aux tiers détenteurs, et par tiers détenteur il faut entendre ici celui qui n'est pas tenu de l'obligation. Cette règle s'appliquerait à la caution qui achèterait l'immeuble hypothéqué, de même qu'à l'héritier ou au successeur général universel qui, continuant la personne du débiteur, se trouverait par cela même tenu de la dette.

L'article 2184 dit que l'acquéreur ou le donataire qui voudra purger devra déclarer qu'il est prêt à acquitter sur le champ les dettes et charges hypothécaires jusqu'à concurrence seulement de son prix.

Ce texte implique que la purge peut être faite indistinctement par l'acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit.

Mais comment devra procéder l'acquéreur à titre purement gratuit puisque aucun prix ne correspond à son acquisition ? Comment pourra-t-il mettre les créanciers en mesure de faire une surenchère ? On admet dans la pratique que le donataire peut fixer la valeur de l'immeuble objet de la donation, et offrir cette valeur aux créanciers hypothécaires. C'est sur cette évalution que ceux-ci pourront faire la suren-

chère du dixième et requérir la mise aux enchères.

On a soutenu cependant que le légataire particulier d'un immeuble ne pouvait pas procéder à la purge, et l'on a voulu tirer argument du texte de l'article 2181 qui prescrit la transcription préalable sur les registres du conservateur, du contrat translatif de propriété. Une disposition testamentaire n'étant pas un contrat, la purge, dit-on, ne peut pas être faite.

Cet argument de texte est sans valeur, et l'on admet généralement que les rédacteurs de l'article 2181 ont voulu donner au mot contrat, non la signification étroite qu'il comporte habituellement, mais un sens très étendu s'appliquant aussi bien aux actes unilatéraux qu'aux contrats synallagmatiques, et que par suite le légataire particulier d'un immeuble pouvait le purger des hypothèques qui le grevaient en en offrant la valeur aux créanciers inscrits, et en transcrivant sur les registres du conservateur le testament contenant le legs.

La Cour de cassation l'a ainsi jugé dans un arrêt du 6 février 1889, où nous lisons que le légataire particulier d'un immeuble, « ne continuant pas la personne du testateur, a le droit de purger les hypothèques qui peuvent le grever du chef de ce dernier ». (Dalloz, recueil 1889, I, 299; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, numéro 2331 ; Pont, tom. II, numéro 1276 ; Aubry et Rau § III, 293 (*bis*), note 18), et elle a confirmé implicitement cette doctrine dans un autre arrêt du 28 décembre 1897, rendu en matière d'enregistrement. (Dalloz, 1898, I, p. 225.)

Nous venons de parler de la purge ordinaire, soumise à des formalités précises et rigoureuses. Il en est une autre qui a pour effet d'éteindre les privilèges et les hypothèques sans formalités d'aucune sorte. L'article 717 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 21 mai 1858, en fait une mention expresse.

Les formalités qui précèdent et accompagnent la vente sur saisie immobilière ont paru au législateur constituer une garantie suffisante pour la sauvegarde des droits des créanciers.

Le jugement d'adjudication, dûment transcrit, purge toutes les hypothèques qui grevaient l'immeuble vendu, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. Il en sera de même dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ; c'est ce qui résulte des termes des articles 17, 18 et 19 de la loi du 3 mai 1841. Il a paru, avec juste raison, inutile d'imposer à l'Etat, aux départements et aux communes, les formalités de la purge ordinaire.

Il ne suffit pas cependant qu'une vente soit faite en justice, pour que la purge en soit la conséquence ; c'est ainsi que les ventes de biens de mineurs et d'interdits, de même que les ventes sur licitation en matière de partage, ne sont pas dispensées de la procédure ordinaire de purge. La raison en est que dans ces sortes de ventes les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne sont pas mis en demeure de surveiller leurs intérêts, par des notifications préalables comme ils le sont dans les ventes sur expropriation forcée, ou par un système de publicité spécial consistant en

affiches et insertions lorsqu'il s'agit d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Nous renouvelons ici, d'ailleurs, les réserves que nous avons faites précédemment sur la portée véritable de cette purge. L'immeuble ne se trouvera purgé qu'en ce sens qu'il se trouvera affranchi du droit de suite, mais les effets de l'hypothèque ne seront pas éteints au point de vue du droit de préférence, ce droit de préférence s'exercera sur le prix, et ce ne sera, ainsi que nous l'avons déjà dit, que lorsque ce prix aura été payé que le droit hypothécaire sera réellement éteint.

La délivrance des mandements de collocation aux créanciers utilement colloqués, l'ordonnance même du juge-commissaire, mise à la suite de l'ordre définitif et prescrivant la radiation des inscriptions qui grèvent l'immeuble dont le prix est en distribution, seraient impuissantes à produire l'extinction absolue du droit hypothécaire, tant que le paiement n'est pas réalisé. Aussi dans la pratique les conservateurs des hypothèques ne procèdent-ils à la radiation des inscriptions que sur le vu de l'ordonnance du juge, sur la production des bordereaux de collocation et sur la justification du paiement effectif. C'est à ce moment-là seulement qu'on pourra dire que les privilèges et les hypothèques sont réellement éteints à la suite de purge.

Nous croyons devoir signaler au surplus que la purge spéciale qui résulte de la vente sur expropriation forcée, dûment transcrite, ou de l'expropriation pour cause d'utilité publique, s'applique aux hypo-

thèques légales des mineurs et des femmes mariées comme aux hypothèques judiciaires ou conventionnelles. A raison des garanties particulières que présentent ces sortes de ventes, les hypothèques légales se trouveront purgées par la force seule de la loi, au point de vue du droit de suite; et le droit du mineur ou de la femme mariée ne pourra plus s'exercer que sur le prix, suivant les prescriptions de l'article 717 du Code de procédure civile modifié par la loi du 21 mai 1858.

CHAPITRE II

Des Modes d'extinction des Privilèges et Hypothèques non prévus par l'article 2180.

Nous ne nous sommes occupé jusqu'à présent que des modes d'extinction des privilèges et hypothèques indiqués par l'article 2180, à l'exception de la prescription que nous nous réservons d'étudier plus particulièrement.

En dehors de ces causes d'extinction qui sont les plus ordinaires, il en est d'autres qui méritent d'arrêter notre attention. Nous allons les passer successivement en revue.

§ 1er. — *Consolidation.*

En étudiant les causes d'extinction indirectes des privilèges et des hypothèques, nous avons eu l'occasion de parler de la confusion qui, éteignant l'obligation principale, avait pour effet d'éteindre dans des conditions que nous avons précisées, les privilèges et les hypothèques.

Il est permis de prévoir une autre sorte de confusion qui se produira lorsque le créancier hypothécaire deviendra propriétaire de l'immeuble affecté au remboursement de sa créance. Les auteurs donnent à cette sorte de confusion le nom de consolidation.

A-t-elle pour effet d'éteindre l'hypothèque? Il semble, à première vue, que la réunion sur la même tête de la qualité de propriétaire et de créancier hypothécaire doit avoir pour résultat de faire disparaître cette dernière qualité. Le droit hypothécaire, en effet, alors même qu'on le considèrerait comme un véritable démembrement de la propriété, ce que nous admettons d'ailleurs pour notre part, est, dans tous cas, bien moins étendu, quant à ses effets, que le droit de propriété qui est par sa nature même le plus étendu qu'on puisse avoir sur un immeuble. Il semblerait donc rationnel d'admettre que le droit le plus étendu absorbe celui qui l'est moins, et qu'on ne puisse pas avoir sur sa propre chose un droit réel distinct du droit de propriété.

Cela est manifestement exact en ce qui concerne le droit de suite, car, ce droit impliquant la faculté de saisir l'immeuble pour en réaliser le prix, on ne voit pas bien le propriétaire, pratiquant à son propre préjudice et pour se payer sa propre créance, une saisie sur son propre bien. Il ne paraît donc pas douteux que la consolidation, telle que nous venons de la caractériser, éteint l'hypothèque quant au droit de suite.

Mais en sera-t-il de même, au point de vue du

droit de préférence ? Pour répondre à la question, il importe de considérer que dans l'hypothèse que nous avons posée, l'obligation principale n'est pas éteinte. Le créancier hypothécaire peut en effet devenir acquéreur de l'immeuble grevé de l'hypothèque, tout en restant créancier de l'obligation. C'est ce qui se produira lorsqu'il sera devenu acquéreur de l'immeuble, à titre particulier, sans continuer la personne du précédent propriétaire, car, dans ce dernier cas, il y aurait confusion proprement dite, et extinction du droit hypothécaire par voie indirecte.

L'acquéreur a donc conservé contre son débiteur le bénéfice de sa créance. Mais ce débiteur peut avoir d'autres créanciers hypothécaires qui auront, eux, conservé le droit de suite sur l'immeuble aliéné et pourront obliger l'acquéreur à purger ou délaisser.

Si la purge se fait et si l'acquéreur offre le prix aux créanciers inscrits, son droit hypothécaire se trouvera en conflit avec le droit hypothécaire des autres créanciers, et c'est à ce moment que la question se posera, avec tout l'intérêt qu'elle comporte. Si le droit hypothécaire est intégralement éteint par la consolidation, soit quant au droit de suite, soit quant au droit de préférence, les autres créanciers hypothécaires d'un rang inférieur auront le droit de se faire payer par préférence à l'acquéreur dont le droit hypothécaire se trouvera éteint.

Il y aurait là une injustice manifeste et c'est là aussi qu'apparaît l'importance et l'utilité de la distinction entre le droit de suite et le droit de préfé-

rence. Aussi admet-on sans la moindre hésitation que l'acquéreur conserve, dans la mesure où cela lui est profitable, tout le bénéfice de son hypothèque, qu'il pourra opposer aux autres créanciers dans la distribution du prix qui se fera par voie d'ordre, et qui lui sera attribué suivant le rang ou la qualité de sa créance.

La consolidation n'entraîne donc l'extinction du droit hypothécaire que d'une manière restreinte et relative et en ce qui concerne seulement le droit de suite. Le droit de préférence reste entier à l'encontre des autres créanciers. Mais, précisément pour cette raison, décide-t-on que si le créancier conserve les avantages de son droit hypothécaire, il est, par contre, tenu, bien qu'il soit devenu propriétaire de l'immeuble, de toutes les obligations qui incombent au créancier hypothécaire pour la conservation de son droit. Il devra donc renouveler son inscription tous les dix ans pour empêcher la péremption.

§ 2. — *Perte ou destruction de la chose grevée.*

Lorsque l'immeuble grevé d'une hypothèque ou d'un privilège vient à disparaître, le droit réel qui en résultait se trouve éteint *ipso facto*. Il se trouve éteint faute d'objet. Cela est d'évidence.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il est nécessaire que la chose grevée soit détruite en entier. Une simple diminution, si importante d'ailleurs qu'on puisse la prévoir, n'atteindrait en aucune façon le droit hypo-

thécaire considéré en lui-même ; le gage serait de valeur moindre, mais le droit resterait entier, et cela à raison du caractère d'indivisibilité du privilège et de l'hypothèque, qui s'étendent à toute la chose et à chaque partie de la chose.

Un cas fréquent d'extinction par suite de la perte de la chose grevée est celui d'incendie. Il peut donner lieu à d'assez nombreuses difficultés. Signalons-en quelques-unes :

Une maison soumise à un droit d'hypothèque est détruite par un incendie ; l'hypothèque se trouvera nécessairement restreinte au sol, mais pourra-t-on en étendre l'effet aux matériaux ? On décide que non, et avec juste raison. Dès qu'ils sont séparés du sol, en effet, et qu'ils ont perdu leur caractère propre de construction, ils prennent celui d'objets mobiliers, sur lesquels le droit hypothécaire n'a plus de prise. Ils n'étaient devenus immeubles que par voie d'accession et par leur incorporation au sol ; du moment qu'ils en sont détachés par l'incendie, ils perdent ce caractère immobilier et, dès lors, l'hypothèque s'éteint en ce qui les concerne.

Mais quel sera le droit du créancier hypothécaire sur l'indemnité payée au sinistré par une compagnie d'assurances ? Le droit de préférence sera-t-il considéré comme éteint ou bien s'exercera-t-il sur cette indemnité comme il s'exerce sur le prix de vente ?

La question s'était posée, et l'on avait essayé de soutenir que l'indemnité étant la représentation de la valeur de l'immeuble, le droit hypothécaire devait s'exercer sur cette indemnité. Mais la généralité des

auteurs et particulièrement la jurisprudence, décidaient, au contraire, que l'indemnité payée par une compagnie d'assurances n'était pas, à proprement parler, la représentation du prix de l'immeuble incendié, mais simplement une prime forfaitaire, payée en vertu d'un contrat d'assurance, une véritable réparation, comme le mot indemnité l'indique, d'un préjudice causé par un sinistre, et refusaient au créancier la faculté d'exercer sur cette indemnité un droit quelconque de préférence en vertu de son hypothèque. Aussi, et à moins que par une délégation ou cession spéciale cette indemnité n'eût été attribuée à un créancier déterminé, admettait-on à s'en partager le montant tous les créanciers sans distinction, au prorata de leurs créances et sans préférence. (Pont, tome II, n° 698. — Aubry et Rau, tome III, page 490, note 10.)

Cette solution pouvait se justifier théoriquement et par l'application stricte des règles en matière hypothécaire. Mais il n'en était pas moins contraire à l'équité que le créancier qui avait une garantie spéciale et un droit réel sur un immeuble en nature de maison, vît s'éteindre ce droit par suite d'un événement accidentel et fortuit et en vertu d'une distinction un peu subtile qu'on faisait entre le prix de vente et l'indemnité qui, tout bien considéré, représentaient l'un et l'autre la chose grevée d'hypothèque.

S'inspirant de cette considération de justice, la loi du 19 février 1889 a décidé que les privilèges et les hypothèques devaient conserver toute leur efficacité et s'exercer suivant leur qualité et leur rang sur le

montant des indemnités payées par les compagnies d'assurances.

Une question, presque de même nature, se posait dans le cas prévu par l'ancien article 563, lorsqu'un fleuve ou une rivière se formait un nouveau cours en abandonnant l'ancien lit.

Le terrain occupé par le nouveau cours d'eau perdait son caractère primitif, il sortait du domaine particulier de l'ancien propriétaire pour tomber dans le domaine public. Les privilèges et les hypothèques qui grevaient la partie d'immeuble ainsi occupé, s'éteignaient par le fait seul de cette occupation. Mais pouvaient-ils être reportés sur l'ancien lit abandonné, que l'article 563 attribuait à titre d'indemnité au propriétaire dont le fonds était occupé par le nouveau lit? L'équité eût commandé une solution affirmative. Cependant la rigueur des principes faisait admettre une solution contraire et l'on décidait que le droit hypothécaire se trouvait éteint d'une manière absolue et définitive et ne pouvait pas être reporté sur l'ancien lit abandonné. (Daviel, tome I, n° 162 ; Demolombe, tome X, n° 168.)

La loi du 8 avril 1898 qui modifie l'article 563 a enlevé à cette question tout son intérêt pratique, en attribuant l'ancien lit abandonné au propriétaire riverain, moyennant un prix à déterminer par expert.

Mais ce prix, du moins, pourra-t-il être le gage particulier des créanciers privilégiés ou hypothécaires? Nous voudrions au nom de l'équité, pouvoir répondre affirmativement. Malheureusement, le nou-

vel article 563 attribue ce prix au propriétaire du sol occupé par le nouveau lit, à *titre* d'indemnité. Le principe que la doctrine et la jurisprudence appliquaient avant la loi du 19 février 1889 à l'indemnité payée après incendie par les compagnies d'assurances, doit par les mêmes raisons juridiques s'appliquer à ce qui aux termes mêmes du nouvel article 563, n'est qu'une indemnité payée au propriétaire dépossédé.

Il existe d'ailleurs une raison de droit péremptoire pour le décider ainsi, c'est qu'en réalité le créancier n'a pas d'hypothèque sur l'immeuble dont le prix est ainsi attribué à titre d'indemnité. Ce prix représente en effet la valeur de l'ancien lit; or, sur cet ancien lit, le créancier n'avait aucun droit, il n'appartenait pas à son débiteur. Il ne peut donc prétendre exercer sur ce prix un droit de préférence, pas plus qu'il ne pouvait exercer sur un droit de suite sur l'immeuble. La perte résultant du déplacement du fleuve sera donc supportée presque exclusivement par le créancier hypothécaire, puisque son droit sur l'immeuble se trouvera éteint par suite du nouveau caractère du sol, et qu'il ne pourra exercer sur le prix de l'ancien lit abandonné aucun titre de préférence.

L'équité eût sans doute exigé une solution différente, et il est vraisemblable que ce n'est que par simple oubli, qu'on n'a pas rappelé dans les modifications apportées à l'article 563 par la loi du 8 avril 1898, le principe admis par le législateur de 1889 en matière d'indemnité payée à la suite d'incendie. Les mêmes

considérations de fait et de droit indiquaient pour les deux cas des solutions identiques.

Mais dans le silence de la loi, nous ne croyons pas pouvoir étendre, par des motifs d'analogie, la disposition de la loi du 19 février 1889, qui en somme, crée une exception aux règles ordinaires de notre droit, et ne peut être appliquée que restrictivement.

§ 3. — *Offres réelles et consignation.*

Les offres réelles suivies de consignation ne figurent ni dans l'énumération des causes d'extinction des obligations déterminées par l'article 1234, ni dans celle des modes d'extinction des privilèges et d'hypothèques indiqués dans l'article 2180.

Elles n'en ont pas moins pour effet de faire disparaître les privilèges et les hypothèques par voie indirecte, au moyen de l'extinction de l'obligation principale. A ce point de vue, ce mode d'extinction pourrait se rattacher, dans une certaine mesure, au paiement qui est le principal mode d'extinction des obligations. Il en diffère cependant en ce que le paiement est fait directement au créancier qui libère le débiteur, tandis que dans les offres réelles suivies de consignation, le paiement se fait en mains tierces, c'est-à-dire à la caisse des dépôts et consignations qui a qualité pour recevoir, mais non pour libérer le débiteur.

Ce ne sera donc que lorsque les offres et la consignation auront été reconnues libératoires, que l'obli-

gation se trouvera éteinte en même temps que seront éteints les privilèges et les hypothèques.

A partir de ce moment, l'extinction des privilèges et des hypothèques sera absolue et définitive et elle s'opèrera par l'effet seul de la loi en-dehors de la volonté du propriétaire ou du détenteur de l'immeuble, comme en-dehors de la volonté du créancier. La somme déposée appartiendra désormais au créancier, le débiteur sera libéré de toute obligation, les immeubles se trouveront par cela même dégagés de tout droit pouvant résulter des privilèges et des hypothèques.

L'article 1263 a fait une application particulière de ces principes et de ces règles au cas où la consignation ayant été déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée, le créancier, qui ainsi que nous venons de le dire, est devenu propriétaire direct de la somme consignée, autoriserait cependant le débiteur libéré à retirer devers lui la somme consignée.

Il se formerait là un nouveau contrat mais l'ancienne obligation avec ses accessoires resterait éteinte et ne saurait revivre, pas plus que ne revivraient les hypothèques et privilèges définitivement éteints ainsi.

C'est ce que consacre expressément l'article 1263. Cela allait de soi et il était à peine besoin que le législateur le décidât ainsi par un texte formel. Il suit dans tous les cas de là que la nouvelle obligation ne pourrait être assortie d'une hypothèque que par une convention nouvelle formelle, et cette hypothè-

que ne pourrait pas prendre le rang de l'ancienne, elle n'aurait effet que du jour de son inscription (Aubry et Rau, tome IV, p. 200. — Larombière, art. 1463, n° 1), l'ancienne restant définitivement éteinte.

§ 4. — *Dation en paiement.*

La dation en paiement est un mode d'extinction par voie indirecte des privilèges et des hypothèques, et présente ce caractère particulier qu'il se rattache à deux modes d'extinction précédemment étudiés par nous : le paiement et la novation. La dation en paiement ne peut en effet se concevoir que sous la double forme suivante : tout d'abord elle implique l'accord du créancier et du débiteur pour substituer une chose à un autre comme objet de l'obligation. Je devais mille francs ; le créancier consent à substituer, comme objet de mon obligation, un immeuble à la somme que je devais payer en argent ; c'est la novation objective qui se produit par la substitution d'une dette à une autre. Je ne dois plus mille francs, je dois un immeuble déterminé. Cette convention expresse ou tacite étant acceptée de part et d'autre, je délivre à mon créancier l'immeuble désigné, et ainsi je paie ma dette.

Cette analyse théorique du contrat nous conduit à mettre en évidence le double caractère qu'il présente et les deux phases par lesquelles il se manifeste. Il comporte en réalité deux contrats distincts : la novation d'abord, le paiement ensuite ; la novation éteint

la dette primitive, et le paiement qui théoriquement la suit et l'accompagne, s'applique non pas à la dette première qui est éteinte, mais à celle qui lui a été substituée. En l'espèce, le paiement consistera dans la délivrance que je ferai de l'immeuble substitué à la somme de mille francs que je devais.

Comme toutes les novations, celle-ci aura pour effet immédiat d'éteindre les privilèges et les hypothèques attachés à la créance primitive ; ces privilèges et hypothèques seraient d'ailleurs sans objet, puisque nous supposons que la novation et le paiement qui sont les éléments essentiels de la dation en paiement, sont simultanés et ne se distinguent que par voie de raisonnement et par une pure conception de l'esprit. Tout le monde est d'accord pour reconnaître à la dation *in solutum* cet effet immédiat extinctif des privilèges et des hypothèques.

Mais qu'adviendra-t-il si le créancier qui a reçu en paiement un immeuble, en est plus tard évincé?

Cet événement se produisant, il est de toute évidence que dans les rapports personnels du créancier et du débiteur, la dette primitive revivra avec tous ses caractères en vertu de la règle générale que la condition résolutoire est, de droit, présumée dans tous les contrats synallagmatiques, pour le cas de non exécution de la part de l'une des parties contractantes. La libération résultant de la dation en paiement sera donc en cas d'éviction considérée comme non avenue.

Mais quel sera le sort des hypothèques qui se sont trouvées éteintes par l'effet de la dation en paiement? Revivront-elles en même temps que l'obligation prin-

cipale? En d'autres termes, la condition résolutoire tacite, résultant de la loi (art. 1184), s'appliquera-t-elle aux accessoires de la créance?

La question est l'objet de controverses. Quelques auteurs sont d'avis que le créancier évincé de la chose qui lui a été donnée en paiement a le droit de se prévaloir des hypothèques et des privilèges qui garantissaient sa créance ; et cela par application de la règle que l'accessoire doit subir le sort du principal, et que l'obligation ne s'étant trouvée éteinte que sous la condition résolutoire tacite, que la dation en paiement produirait son effet et serait réellement libératoire, il doit en être de même des privilèges et hypothèques qui n'ont été éteints que sous la même condition. (Troplong, t. IV, n° 847; Pont, II, n° 1230.)

Nous reconnaissons qu'à défaut d'indication contraire contenue dans la loi, c'est cette solution qui devrait être adoptée.

Mais les rédacteurs du Code paraissent avoir, par deux textes précis, manifesté une opinion toute opposée.

C'est, d'abord, l'article 1278 qui exclut toute réserve tacite, et qui proclame l'extinction radicale et absolue des privilèges et hypothèques dans le cas de novation, à moins de réserves expresses.

Les privilèges et hypothèques, dit cet article, ne passent pas à la nouvelle créance. Or, quel était dans le cas qui nous occupe l'objet de la nouvelle créance? C'était l'immeuble substitué à la somme d'argent primitivement due. L'éviction de cet immeuble ne saurait donc faire revivre un droit accessoire par la

raison péremptoire que ce droit n'existait pas, l'hypothèque n'étant pas passée de la première obligation éteinte à la seconde.

L'article 2038 fournit, à l'appui de cette opinion, un argument d'analogie très puissant, car il vise expressément le cas de dation en paiement et déclare que malgré l'éviction de l'immeuble donné en paiement, la caution demeure déchargée, et la Cour de cassation faisant application de la disposition de la loi, l'a étendue au cautionnement solidaire. (Cas., 10 mai 1858 ; Dalloz, 58, 1, 284.)

Il est évident que cet article constitue un droit exceptionnel au profit de la caution ; et c'est ce que fait remarquer, avec beaucoup de raison, M. Dalloz dans la note qui accompagne l'arrêt que nous venons de citer : la clause résolutoire tacite existe dans la dation en paiement en cas d'éviction contre le débiteur principal, elle n'existe pas contre la caution.

Aussi et précisément, à cause de ce caractère exceptionnel, n'aurions-nous pas osé l'étendre du cautionnement à l'hypothèque, mais la disposition formelle de l'article 1278 lève tous nos doutes et nous amène à conclure, que dans le cas d'éviction de l'immeuble donné en paiement, les privilèges et les hypothèques qui garantissaient la première obligation, sont irrévocablement éteints, et ne revivent pas, à moins que par des réserves expresses ils n'aient été conservés pour servir de garantie au nouveau lien de droit qui s'est formé entre les parties par la *datio in solutum*.

Il n'en était pas, il est vrai, ainsi dans notre ancien

droit : « Si le paiement, dit Domat, ou ce qui devait en tenir lieu, n'avait pas d'effet, comme si le créancier avait pris en paiement une dette avec garantie, et qu'il ne pût être payé, ou un fonds avec la même garantie, dont il fût évincé, l'hypothèque revivrait avec la créance, car ces sortes de paiements renferment la condition tacite qu'ils subsisteront. » Tel était l'avis de Pothier. (Domat, *Lois civiles*, livre III, tome I, section 7, n° 7 ; Pothier, Vente n°s 603-604.)

Nous reconnaissons qu'à défaut de texte, cette règle devrait encore être suivie. Mais l'article 1278 et le principe posé dans l'article 2038, indiquent que la pensée du législateur moderne a été de créer sur ce point un droit exceptionnel nouveau. (Larombière, art. 1278, n° 6; Demolombe, tome XXVIII, n° 288 et suivants ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, 2251 ; Laurent, XVIII, n° 323; Aubry et Rau, t. III, p. 486, note 4.)

§ 5. — *Omission de l'hypothèque dans l'état délivré par le conservateur.*

Ce mode d'extinction des hypothèques d'un caractère particulier est prévu et réglé par l'article 2198.

Aux termes de cet article, l'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis dans ses certificats, une ou plusieurs des charges inscrites, en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi, dans les mains du nouveau possesseur, pourvu

qu'il ait requis le certificat depuis la transcription de son titre.

Il s'agit là d'un cas d'extinction directe. Remarquons tout d'abord que cette disposition ne peut viser que l'extinction des privilèges et des hypothèques, au point de vue du droit de suite seulement ; et que le droit de préférence subsistera tant que l'acquéreur ne sera pas libéré de son prix d'acquisition. Nous devons ajouter que cette extinction est toute relative et ne s'appliquera qu'à l'immeuble qui sera sorti du patrimoine du débiteur pour passer dans celui d'un tiers acquéreur, et à ce tiers acquéreur seul.

Pour consolider définitivement sur sa tête l'immeuble qu'il a acheté et empêcher qu'aucun droit réel nouveau se constitue sur cet immeuble du chef de son vendeur, l'acquéreur est tenu de faire transcrire son titre d'acquisition. Mais, pour effacer les droits réels antérieurs résultant des privilèges et d'hypothèques, il doit recourir à la purge, et offrir aux créanciers dont les droits se trouvent inscrits antérieurement à la transcription de son titre le prix de son acquisition. C'est dans ce but qu'il se fait délivrer par le conservateur des hypothèques un état des charges antérieures et qu'il engage contre les créanciers qui lui sont signalés dans cet état la procédure de purge. Nous avons indiqué, sous un précédent paragraphe, l'économie de cette procédure, qui va demeurer étrangère aux créanciers dont le conservateur aura omis le nom et la créance dans l'état délivré par lui. Cette omission équivaudra à purge en ce

qui concerne le créancier omis, qui perdra ainsi le droit de suite.

Mais cette sanction particulière de l'omission commise par le conservateur, ne s'étendra pas au droit de préférence qui est formellement réservé d'ailleurs par l'article 2198. C'est ce qui fait que jusqu'au paiement effectif, le créancier omis conservera tous ses droits à l'encontre des autres créanciers, de rang ou de qualité inférieure, et alors même qu'il n'aurait pas été sommé aux fins de purge par application de l'article 2183, ou aux fins de production conformément à l'article 753 du code de Procédure civile, il ne sera pas déchu de son droit de préférence qu'il aura la faculté d'opposer aux autres créanciers. (Cassation 14 novembre 1882. Dalloz, 1883, I, 271.)

A quel moment donc pourra-t-on dire que l'hypothèque est complètement éteinte? Elle le sera lorsque le juge chargé de procéder à la répartition du prix, aura rendu l'ordonnance clôturant définitivement l'ordre. Si avant cette date le créancier hypothécaire omis n'a pas fait valoir son droit de préférence, il aura perdu tout le bénéfice de son hypothèque, et il ne lui restera plus qu'à recourir contre le conservateur, auteur responsable de l'omission.

Mais pour qu'il en soit ainsi, il faudra que les trois conditions suivantes se trouvent réalisées : 1° Que l'acquéreur ait fait transcrire son titre ; 2° Qu'il ait requis après cette transcription un état des inscriptions dans lequel aura été omis le nom du créancier hypothécaire ; 3° Que le prix ait été définitivement attribué par un ordre aux autres créanciers et qu'il

leur ait été payé. La Cour de cassation a fait une application intéressante des règles que nous venons de signaler dans un arrêt de la chambre civile du 25 avril 1888. (Dalloz 1889, I, 102.) Elle a décidé implicitement que le créancier hypothécaire qui par suite de cette omission était demeuré étranger à la procédure d'ordre était recevable à attaquer cette procédure par voie de tierce opposition, mais pour assurer seulement son droit de préférence le droit de suite demeurant définitivement éteint. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette question.

§ 6. — *Ordre.*

Nous avons eu plusieurs fois déjà au cours de notre travail l'occasion de signaler la procédure d'ordre comme pouvant amener l'extinction des privilèges et hypothèques. Il nous reste à compléter les observations précédentes, en indiquant les conditions particulières de cette procédure.

La procédure d'ordre n'est autre chose que l'application de l'exercice du droit de préférence. Elle a pour objet de déterminer suivant la nature et la qualité des créances et la date des inscriptions, l'ordre dans lequel les créanciers doivent être payés, sur le prix d'un immeuble.

Nous avons dit qu'au point de vue du droit de préférence, les privilèges et les hypothèques n'étaient pas éteints d'une manière définitive et absolue par l'ordonnance du juge-commissaire qui déclare closes

les opérations et prescrit la radiation des inscriptions. Il n'y aura extinction réelle et intégrale du droit hypothécaire que par le paiement fait par le débiteur de son prix d'acquisition, conformément aux indications de l'ordre. C'est ce qui résulte implicitement des termes de l'article 771 du code de procédure civile.

La procédure d'ordre, clôturée par ordonnance du juge-commissaire, n'a pas d'autre effet que de régler définitivement et avec l'autorité de la chose jugée, les relations des créanciers entre eux, en ce qui concerne le prix mis en distribution. L'ordre rappelle d'abord le prix qui doit être payé, les créanciers à qui il doit être attribué, et le rang dans lequel ces créanciers doivent le recevoir. Jusqu'au paiement réalisé, l'acquéreur ou adjudicataire reste tenu de son prix d'acquisition, vis-à-vis de tous les créanciers, sans distinction, dont le droit hypothécaire ne sera éteint réellement que par ce paiement, et cette obligation subsistera non seulement à l'égard des créanciers admis en rang utile, mais encore vis-à-vis des autres créanciers non colloqués pour insuffisance de fonds.

Cette règle peut recevoir son application dans le cas où un créancier colloqué serait désintéressé postérieurement à la clôture de l'ordre, par exemple par un débiteur principal, un co-obligé ou une caution. Il est évident que ce fait se produisant, la collocation établie dans l'ordre au profit de ce créancier n'aura plus d'objet puisque la créance se trouvera éteinte et que le montant de cette créance deviendra

disponible entre les mains de l'acquéreur ou adjudicataire débiteur du prix.

Que deviendra cette somme disponible ? On décide et avec raison, par application des principes que nous venons de poser, que sur cette somme les créanciers hypothécaires qui n'avaient pas été colloqués, exerceront leur droit de préférence suivant leur rang.

La raison de le décider ainsi est tirée de cette considération que le règlement d'ordre reste toujours soumis à la condition qu'il sera intégralement appliqué, tel qu'il a été arrêté par le juge-commissaire, et que le droit de préférence appartenant aux autres créanciers de rang inférieur ne sera éteint que sous la réserve de cette application intégrale.

Cette condition ne se réalisant pas, on ne voit pas bien pourquoi les effets et avantages de l'hypothèque pourraient être déclarés éteints.

Les conséquences pratiques du principe que nous venons de poser sont importantes et ont donné lieu dans la jurisprudence, notamment, à de sérieuses difficultés. Un arrêt de la Cour de Bourges, du 13 février 1824, a décidé contrairement à l'opinion que nous avons émise, que l'ordonnance du juge-commissaire qui prononce la clôture de l'ordre et ordonne la radiation des inscriptions, avait pour résultat d'éteindre d'une manière absolue et irrévocable le droit hypothécaire dans toute son étendue, sans qu'il y ait à tenir compte des faits ultérieurs qui pourraient en modifier l'application. « Attendu, dit-elle, qu'après la délivrance des bordereaux de collocation, le juge-commissaire fait la clôture de l'ordre, qu'il

ordonne la radiation des inscriptions ; qu'alors il ne reste plus ni hypothèques ni inscriptions, qu'il n'y a plus de créanciers à préférer, puisque la distribution du prix de l'immeuble affecté particulièrement à quelques-uns d'eux a été faite.....

Ce principe posé, la Cour de Bourges ordonne que la somme restituée par un créancier privilégié devra être attribuée à tous les créanciers sans distinction de rang ou de qualité quelconques, chirographaires ou privilégiés ou hypothécaires et au marc le franc.

Ce système ne nous paraît pas tenir compte de la considération fondamentale que nous venons de signaler, que le règlement d'ordre n'est autre chose qu'un contrat judiciaire, et qu'il est comme tous les contrats synallagmatiques, soumis de droit à la condition résolutoire. Il ne produira donc les effets extinctifs que lui attribue l'arrêt cité qu'à la condition qu'il sera appliqué dans les termes où il a été établi ; si donc, par suite d'un fait ultérieur, il ne peut pas recevoir son application, il sera considéré sur ce point comme non-avenu, et les créanciers qui n'avaient été éliminés de l'ordre qu'à raison de l'existence d'une créance qui leur était préférable devront retrouver la plénitude de leurs droits si cette créance disparaît.

La théorie de la Cour de Bourges est d'ailleurs demeurée isolée et la Cour de cassation l'a formellement condamnée dans deux arrêts du 8 août 1836 et 20 juin 1838. (Sirey, 36, 1, 531-38, 1, 797.)

Nous avons raisonné jusqu'à présent dans l'hypothèse où un créancier qui aurait produit dans l'ordre

n'aurait pas été purement colloqué, primé qu'il était par des créanciers de qualité ou de rang préférable, et nous avons admis que l'ordonnance du juge prononçant la clôture de l'ordre et ordonnant la radiation des inscriptions ne produisait pas par elle seule l'extinction des hypothèques, et que le créancier produisant mais non colloqué pouvait faire valoir son droit hypothécaire sur la portion du prix qui serait devenue disponible par suite d'un fait ultérieur et se le faire attribuer, par préférence, aux créanciers hypothécaires d'un rang inférieur et aux créanciers chirographaires. (Chauveau, *Procédure civile*, n° 2560 *bis*, sur art. 755., Proc. C.)

Il nous reste à examiner, au point de vue de l'extinction du droit hypothécaire, la situation du créancier qui n'a pas été colloqué parce qu'il avait omis de produire dans l'ordre. Ce cas est réglé par l'article 755 du Code de procédure. « L'expiration du délai de quarante jours ci-dessus fixé (à partir de la sommation), dit cet article, emporte de plein droit déchéance contre les créanciers non produisants. »

Le fait le plus caractéristique de cette déchéance est que le créancier non produisant demeure étranger à la procédure d'ordre, et perd, par rapport aux autres créanciers privilégiés ou hypothécaires qui auront produit, le bénéfice de son droit hypothécaire. L'ordre se poursuivra et produira tous ses effets en dehors de lui.

Cette sanction rigoureuse se justifie par la nécessité de ne pas laisser se prolonger indéfiniment la procédure d'ordre et de lui donner, comme à toutes

les décisions judiciaires, un caractère définitif.

Mais cette déchéance qui frappe les créanciers présumés négligents ne peut pas s'appliquer indistinctement et de la même manière à tous les créanciers non produisants.

Il peut arriver, en effet, que tel créancier n'ait pas produit parce qu'il n'a pas été avisé par une sommation que la procédure d'ordre était ouverte. Appliquera-t-on à ce créancier la déchéance de l'article 755? Nous ne le pensons pas.

L'article 2198 que nous avons déjà étudié nous fournit un argument d'analogie. Cet article, qui prévoit le cas où le nom d'un créancier hypothécaire a été omis sur l'état délivré par le conservateur, déclare éteint le droit de suite à l'encontre du créancier omis, mais lui réserve l'exercice de son droit de préférence, tant que le prix n'a pas été payé ou l'ordre homologué.

Il paraît équitable d'étendre cette règle au cas où le créancier n'aura pas été sommé de produire, par la faute du créancier, qui poursuit la procédure d'ordre. Les articles 753, 754 et 755 Proc. civ. présentent d'ailleurs un argument de texte dans ce sens. L'article 753 dit que *sommation* de produire est faite aux créanciers... Dans les 40 jours de cette *sommation*..., ajoute l'article 754..... et l'article 755 prononçant la sanction, déclarent déchu le créancier non produisant. Il est bien évident que cette sanction ne peut s'appliquer qu'au créancier mis en demeure par une sommation.

C'est le cas d'appliquer à cette déchéance la règle

admise en matière de prescription : *Contra agere non valentem non currit prescriptio.*

Les conséquences à en tirer sont les suivantes : le créancier non sommé pourra toujours intervenir dans l'ordre avant la clôture définitive et se faire colloquer suivant son rang ; il pourra même faire opposition à l'ordonnance de clôture, conformément à l'article 767 Proc. civ., et demander la rectification de l'ordre. M. Chauveau lui reconnaît le droit de demander par voie d'action principale, même après l'exécution de l'ordonnance, la nullité de la procédure. Cela paraît juste et rationnel, l'ordre étant dans ce cas *res inter alios acta*, et la jurisprudence, applicant cette règle, donne à ce créancier le droit d'agir contre les créanciers d'un rang inférieur qui ont profité du défaut de production et de les obliger à restituer au créancier non sommé ce qu'ils ont touché à son détriment, même par la voie de tierce opposition. (Paris, 30 décembre 1837 et sur pourvoi, Ch. des Requêtes, 9 avril 1839. *Dalloz*, surench. n° 92. Arrêt précité de la Cour de cassation du 25 avril 1888, Dall. 1889, I, 102.)

Tout autre est la situation du créancier qui, régulièrement sommé de produire, néglige de le faire. C'est à lui que sont réservées les rigueurs de l'article 755. En ce qui le concerne, la déchéance est absolue et définitive, du moins à l'égard des autres créanciers privilégiés ou hypothécaires, qui ayant produit dans l'ordre, ont été utilement colloqués aux lieu et place du créancier négligent.

Mais quelle est la nature de cette déchéance ?

Quels en seront les effets au point de vue du droit hypothécaire lui-même. Cette question se rattache directement au sujet que nous étudions.

L'article 755 parle de déchéance et non d'extinction. La déchéance, nous l'avons déjà dit, fait que le créancier demeure étranger à la procédure d'ordre ; elle constitue un empêchement radical à l'exercice du droit de préférence. Mais le droit en lui-même ne se trouvera pas éteint, il ne pourra plus être opposé aux autres créanciers hypothécaires ou privilégiés figurant dans l'ordre, et c'est à cela seulement que paraît devoir se réduire l'effet de la déchéance. Les déchéances, en effet, sont de droit étroit et ne peuvent pas être étendues. Or, en déclarant simplement forclos de l'ordre le créancier non produisant, la loi n'a pas prononcé l'extinction du droit.

Cette question ne présente pas seulement un intérêt théorique ; elle peut, dans certains cas, donner lieu à des difficultés d'application qu'il convient de signaler.

Supposons, en effet, que la procédure d'ordre venant à être annulée, une nouvelle procédure soit ouverte. Pourra-t-on soutenir que la déchéance encourue dans le premier ordre a éteint le droit hypothécaire et empêchera le créancier déchu de produire à son rang dans le second ?

Supposons encore, et cette hypothèse se réalise souvent dans la pratique courante, que les créanciers privilégiés et hypothécaires colloqués n'absorbent pas le prix intégral mis en distribution et qu'il reste un reliquat disponible. Le créancier hypothécaire

forclos faute d'avoir produit dans les quarante jours de la sommation, pourra-t-il se prévaloir de son droit hypothécaire à l'encontre d'autres créanciers, déchus comme lui, faute d'avoir produit, ou de simples créanciers chirographaires ?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, d'abord parceque la déchéance n'implique pas l'extinction du droit, et que d'autre part, ainsi que le dit M. Dalloz, la déchéance encourue n'est pas absolue, qu'elle n'a d'effet qu'au regard des autres créanciers hypothécaires parties dans l'ordre, et que pour les créanciers chirographaires elle est *res inter alios acta*. Telle est aussi l'opinion de M. Chauveau : « Mais cette déchéance, dit-il, laisse intacte son inscription qui continue d'affecter les sommes non absorbées par les bordereaux de collocation, de telle sorte qu'il prime encore les créanciers chirographaires, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation le 10 juin 1828. » (Dalloz, *vèrbo*, ordre numéro 438 ; Chauveau, *Procédure de l'ordre* question 2560 (*bis*.)

L'opinion que nous venons d'exposer et les conséquences que nous en avons déduites sont basées sur la distinction que nous avons eu plusieurs fois déjà l'occasion de faire entre le droit de suite et le droit de préférence, indépendants l'un de l'autre, mais formant les éléments essentiels du droit hypothécaire.

Certains auteurs ont soutenu que cette distinction ne pouvait pas être faite en thèse générale, et n'existait dans notre législation qu'à titre exceptionnel. M. Dalmbert, dans son traité de la purge, soutient avec beaucoup d'énergie que le droit hypothécaire,

sauf les cas d'exception prévus spécialement par la loi, est un droit réel immobilier qui se manifeste surtout par l'exercice du droit de suite et de saisie, dont le droit de préférence n'est qu'un accessoire s'éteignant avec lui : « Il est manifeste, dit-il, que le droit sur le prix est subordonné à la condition d'avoir un droit sur l'immeuble, car ce qui caractérise l'hypothèque, c'est ce droit de saisie sur l'immeuble. Quant au droit sur le prix, il n'est que la conséquence et le but de l'exercice du droit de saisie..... l'exercice du droit de préférence, n'est que la dernière phase de l'exercice de l'action hypothécaire qui est indivisible..... le droit hypothécaire se résume en deux droits intimement liés l'un à l'autre : droit de saisie sur l'immeuble, droit de préférence sur l'immeuble. Quant au prix qui est la représentation de l'immeuble celui-là seul des créanciers qui aura sur l'immeuble les droits de saisie et de préférence, celui-là seul aura également un droit de préférence sur le prix. » (Dalmbert, *Traité théorique et pratique de la purge*, édition de 1891, numéro 181, p. 309.)

Cette théorie de M. Dalmbert peut paraître un peu subtile. Elle ne tient peut-être pas suffisamment compte de cette circonstance de fait, que l'exercice du droit hypothécaire comporte, comme il le reconnaît d'ailleurs, deux phases bien distinctes : la saisie de l'immeuble, qui est l'application du droit de suite, et en second lieu l'attribution du prix aux créanciers, qui est l'application du droit de préférence. On peut comprendre à la rigueur que vis-à-vis du détenteur de l'immeuble, le droit de préférence n'existe que

comme dépendance du droit de suite. Mais on peut tout aussi bien concevoir que le droit de suite, c'est-à-dire le droit de saisie étant éteint, le droit de préférence persiste, pour assurer dans la seconde phase de l'exercice du droit hypothécaire, le règlement des droits de chacun des créanciers suivant son rang. M. Dalmbert reconnaît, d'ailleurs, que la majorité des auteurs et des Cours d'appel décident que l'extinction du droit de suite n'entraîne pas celle du droit de préférence.

Cette distinction a d'ailleurs été formellement admise par la loi. L'article 834 du code de procédure, abrogé par la loi du 23 mars 1855, décidait que le co-partageant qui n'avait pas fait inscrire son privilège dans la quinzaine à partir de la transcription de l'acte d'aliénation, pouvait se faire colloquer sur le prix, bien qu'il eût perdu le droit de suite, pourvu qu'il eût pris inscription dans les soixante jours à dater du partage.

Le dernier paragraphe de l'article 717 modifié par la loi du 21 mai 1858 fait application du même principe dans les termes suivants : « Le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. Les créanciers à hypothèque légale qui n'ont pas fait inscrire leur hypothèque avant la transcription du jugement d'adjudication ne conservent leur droit de préférence sur le prix qu'à la condition de produire avant l'expiration du délai fixé par l'article 754, dans le cas où l'ordre se règle judiciairement, et de faire valoir leurs droits avant la clôture, si

l'ordre se règle amiablement conformément aux articles 751 et 752. »

D'autre part, l'article 2198 dont nous avons déjà étudié la portée, établit la même distinction et admet la survivance du droit de préférence après l'extinction du droit de suite.

Enfin, l'article 27 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique fait une application formelle de ce même principe.

Rien ne nous autorise à dire que ces dispositions ont un caractère exceptionnel il nous paraît au contraire plus logique d'admettre, qu'elles ne sont que l'application des principes généraux, qui régissent notre système hypothécaire. (Cassation, 15 février 1887, S. 37, 1, 188, 20 juin 1838, S. 38, 1, 850 ; Pont, *Privilèges et Hypothèques*, numéros 303, 304, 309 ; Troplong, *Privilèges et Hypothèques*, tome I, numéros 95, 274, 318 ; Aubry et Rau, tome III, § 283, page 404 ; Chauveau et Carré question 2576.)

§ 7. — *Défaut d'inscription en temps utile.*

Nous avons eu déjà l'occasion de signaler que le droit hypothécaire est créé par la convention des parties, par l'effet d'un jugement ou par la force seule de la loi, et que dans les rapports du créancier avec son débiteur ou les biens de ce dernier, il naît et existe indépendamment de toute inscription.

Il n'en est pas de même à l'égard des tiers qui peu-

vent eux aussi avoir sur les mêmes immeubles des droits réels. A un moment donné, ces divers droits réels se trouveront nécessairement en conflit et en opposition les uns avec les autres. Dans le système de publicité organisé par la loi, ce n'est pas suivant leur date que ces droits se règleront entre eux, mais bien par l'inscription ou la transcription sur les registres du conservateur des hypothèques.

C'est ainsi que le droit hypothécaire qui, par rapport au débiteur existe par lui-même et indépendamment de toute inscription, pourra se trouver éteint par le défaut d'inscription, à l'égard de l'acquéreur de l'immeuble qui aura fait transcrire son titre, de même qu'il le sera à l'égard de tous autres créanciers ayant des droits réels sur cet immeuble.

La transcription de l'acte de vente éteindra radicalement le droit hypothécaire non inscrit avant cette transcription, elle l'éteindra, soit quant au droit de suite, soit quant au droit de préférence. Il sera considéré comme inexistant, et la purge ne sera pas nécessaire pour dégager l'immeuble de ce droit, puisqu'elle n'est exigée qu'à l'encontre des hypothèques inscrites ou à l'encontre des hypothèques dispensées d'inscription par la loi.

Une exception est faite au profit du vendeur et du co-partageant. L'article 6 de la loi du 23 mars 1855 leur accorde un délai de quarante-cinq jours à partir de la vente ou du partage pour faire inscrire leur privilège, et ce privilège produira tout son effet, bien que l'acte d'aliénation ait été transcrit dans cette période de quarante-cinq jours, même antérieure-

ment à l'inscription. Passé ce délai, les privilèges dégénèreront en hypothèque (art. 2113 C. civ.).

Le défaut d'inscription produira le même effet extinctif, lorsque la faillite du débiteur sera déclarée, lorsqu'une succession ne sera acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou bien encore, lorsqu'une inscription de séparation de patrimoines aura été prise, cette inscription plaçant la succession sous le régime du bénéfice d'inventaire.

Le droit hypothécaire qui n'aura pas été inscrit avant ces divers événements ne pourra plus l'être, il sera définitivement éteint, et le créancier passera au rang de simple créancier chirographaire (art. 2146). Cette règle s'appliquera par identité de motifs aux successions déclarées vacantes. (Troplong, t. III, n° 659; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. II, n° 1582.)

Ce sont des considérations d'intérêt général qui ont dicté cette règle rigoureuse. Le législateur a estimé que la déclaration de faillite, l'acceptation bénéficiaire et la séparation des patrimoines, créaient une situation nouvelle, soit pour le débiteur, soit pour les biens qui lui appartenaient; il a enlevé au débiteur ou à ses représentants l'exercice de ses droits, et placé ses biens sous un régime spécial.

La situation des uns et des autres est, en quelque sorte, arrêtée et immobilisée telle qu'elle était au moment où l'événement s'est produit; l'hypothèque non inscrite à ce moment est éteinte.

DEUXIÈME PARTIE

Extinction des Privilèges et des Hypothèques par la Prescription.

CHAPITRE PREMIER

« Les privilèges et les hypothèques s'éteignent, dit l'article 2180, § 4, par la prescription.

La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilège.

Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit. Dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur. »

Nous ne pouvons mieux faire que de suivre dans notre travail l'ordre tracé par la loi elle-même. Nous étudierons donc, tout d'abord, la prescription des privilèges et hypothèques, lorsque les biens grevés

restent entre les mains du débiteur de l'obligation.

Nous nous appliquerons ensuite à déterminer les règles de la prescription dans le cas où les biens sont passés des mains du débiteur qui a constitué l'hypothèque dans celles d'un tiers détenteur non obligé personnellement à la dette.

Nous aurons encore à porter notre attention sur une troisième hypothèse ; celle où un tiers, sans être personnellement tenu de la dette, oblige, par une convention particulière ses biens hypothécairement pour garantir la dette d'autrui.

Mais, avant d'entrer dans l'examen de chacune de ces questions, nous croyons devoir nous expliquer sur deux points, qui bien que présentant surtout un intérêt de doctrine pure, ont une influence marquée sur la solution de certaines difficultés que nous aurons à examiner.

Le premier est relatif à la nature même du droit hypothécaire; le second au caractère propre et à la portée de la prescription appliquée à ce droit.

§ 1er. — *Nature du droit hypothécaire.*

Sans vouloir étudier à fond cette question qui ne se rattache que par certains côtés à l'objet de notre travail, nous sommes cependant obligé de signaler la controverse qu'elle a fait naître parmi les auteurs. Si nous avons réservé pour la seconde partie l'étude de cette question qui aurait pu trouver place en tête de notre travail, c'est que les observations qui vont

suivre se réfèrent plus particulièrement à l'hypothèque et que cette étude peut être assez logiquement rapprochée de celle de la prescription appliquée à l'hypothèque. Certains se référant aux indications de l'article 543 Code civil qui énumère les droits que l'on peut avoir sur les biens soit : un droit de propriété, un droit de jouissance ou seulement des services fonciers, se refusent à voir dans le droit hypothécaire un démembrement de la propriété. Ils ajoutent que le droit de propriété comportant le droit d'user de la chose, d'en jouir et d'en disposer, l'hypothèque ne confère aucun de ces droits et ne peut, par suite, constituer qu'un droit *sui generis* qui n'est ni le droit de créance ni le droit de propriété. (Demolombe, t. IX, n° 471 ; Marcadé, t. II, n° 360.)

Mais l'opinion contraire est généralement admise et la plupart des auteurs voient dans l'hypothèque un véritable démembrement de la propriété. (Delvincourt, t. III, sur l'art. 2114; Pont, t. I, n° 127; Laurent, t. XXX, n^{os} 173 et 221 ; Guillouard, t. II, n° 634 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, II, n° 894.) Il est en effet certain qu'en grevant d'une hypothèque ses immeubles, le propriétaire n'a plus sur eux l'intégrité de son droit. Sans doute, le droit de suite et le droit de préférence, éléments essentiels du droit hypothécaire, n'atteignent pas directement le droit de propriété, tant qu'ils ne sont pas mis en mouvement par l'exercice de l'action hypothécaire, mais précisément parce qu'il est soumis à cette éventualité, le droit de propriété se trouve atteint et restreint.

On fait remarquer avec juste raison, et c'est la réponse la plus décisive que l'on puisse opposer à la théorie contraire, que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué n'a plus l'exercice entier de son droit de propriété. Sans doute, il peut vendre l'immeuble, en jouir, le donner à bail, consentir des servitudes et des hypothèques, mais pour tous ces divers actes, sa liberté n'est plus absolue ; la vente laissera subsister le droit de suite, la jouissance ne comportera plus que des actes de pure administration, les servitudes et autres charges réelles ne seront pas opposables au droit hypothécaire antérieurement constitué. (Toullier, II, n° 571. — Pardessus, *Servitudes*, n° 245. — Demolombe, *Servitudes*, II, 749. Aubry et Rau, III, 250, page 272. Guillouard, III, n° 1586. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1097, tome II. Troplong, III, n° 843 *ter*.) Le propriétaire ne pourra plus disposer de son bien comme il le pourrait s'il n'existait pas d'hypothèques. Il ne lui sera pas loisible par exemple de démolir sans nécessité la maison hypothéquée, non plus que d'abattre les futaies avant l'époque normale de la coupe. Le créancier en vertu de son droit hypothécaire aurait le droit de s'opposer à ces actes. (Laurent, XXX, n° 225-227. Cassation, Ch. Req. 9 août 1825. Sirey, 26, I, 133.)

§ 2. — *Caractère et portée de la prescription appliquée aux hypothèques et aux privilèges.*

Une autre question divise la doctrine. Nous y ré-

pondrons en faisant une distinction entre les deux cas prévus et réglés par les §§ 1 et 2 du n° 4 de l'article 2180.

Lorsque l'immeuble grevé se trouve entre les mains du débiteur, la prescription de l'hypothèque et celle de l'obligation sont, ainsi que nous le verrons plus loin, intimement liées l'une à l'autre. Créance et hypothèque vivent dans ce cas de la même vie. Tant que l'obligation subsistera, la prescription ne pourra éteindre l'hypothèque et inversement l'hypothèque sera éteinte le jour où la créance disparaîtra par voie de prescription. On peut donc dire à cet égard que c'est la prescription seule de l'obligation qui est la condition essentielle de la prescription de l'hypothèque. Ce n'est pas à la vérité l'extinction indirecte de l'hypothèque par voie d'extinction de l'obligation principale, prévue par le n° 1 de l'article 2180, car le n° 4 que nous étudions prévoit un cas d'extinction directe de l'hypothèque, mais on doit être amené à dire que la prescription de l'hypothèque participe du caractère de la prescription de l'obligation à raison du lien intime qui d'après la loi unit ces deux prescriptions. C'est cette considération qui nous amène à admettre que la prescription de l'obligation étant extinctive et libératoire, on peut dans le cas qui nous occupe attribuer le même caractère à la prescription de l'hypothèque. Mais nous tenons à bien préciser que nous n'adoptons cette manière de voir qu'en raison du lien intime et que si par hypothèse il était possible de prévoir un cas où la prescription de l'hypothèque pût être considérée isolément et en

elle-même, notre opinion serait différente ainsi que nous aurons à l'indiquer dans quelques instants.

Lorsque l'immeuble hypothéqué est entre les mains d'un tiers détenteur, la question est plus délicate et assez vivement controversée. Dans un système auquel MM. Aubry et Rau donnent la grande autorité de leur nom (Aubry et Rau III § 293 page 491-11, § 210 note 4) on dit : l'hypothèque considérée en elle-même est une charge qui grève un immeuble. Par la prescription on éteint cette charge, on en délivre l'immeuble, la prescription est donc extinctive et libératoire.

Ce raisonnement est simple et séduisant par sa simplicité même. Mais il a le tort de n'envisager la question que sous un aspect et sans tenir compte de cette circonstance que l'immeuble grevé ne peut être libéré de la charge qui pèse sur lui qu'à la condition que le tiers détenteur acquerra le droit réel que nous avons considéré comme un démembrement de la propriété. La libération, puisque libération il y a, n'existera que comme conséquence de la prescription de ce démembrement de la propriété qui reste toujours l'objet direct de la prescription.

On insiste cependant en se basant sur une seconde considération : la prescription dit-on, permet d'opposer une fin de non-recevoir à l'action hypothécaire ; elle est par suite libératoire. Mais on peut faire remarquer que cette fin de non-recevoir est toujours basée sur la prescription préalable du droit réel. Or, aux termes de l'article 2180 lui-même, cette prescription suppose ou bien une possession

trentenaire, ou bien une possession de dix ou vingt ans avec juste titre. L'article 2180 vise donc expressément l'usurpation c'est-à-dire la prescription purement acquisitive. Comment s'expliquer autrement d'ailleurs la nécessité du titre? La prescription libératoire qui ne tend qu'à l'extinction d'un droit ne peut jamais avoir pour base un titre parce qu'un titre est au contraire générateur d'un droit. (Pont II, 1248. Glasson, *Revue pratique* 1873, tome XXXVI, page 201, n° 125. Laurent, tome XXXI, n° 389. Colmet de Santerre, tome IX, n° 164 *bis*. Baudry Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2274.)

MM. Aubry et Rau, partisans du premier système, sont obligés de reconnaître la dépendance de cette prétendue prescription libératoire, par rapport à la prescription acquisitive. « Cette prescription, disent-ils, quoique extinctive de sa nature, exige comme l'usucapion la condition d'une possession réunissant les caractères déterminés par l'article 2229 (Aubry et Rau, tome III § 293). » Ils ajoutent encore : « Toutefois, il est des cas particuliers où la prescription elle-même suppose de la part de la personne qui doit en profiter, la possession de l'objet auquel se rapporte l'action, qu'il s'agit de prescrire..... c'est ainsi encore, que pour pouvoir se défendre à l'aide de la prescription, contre les poursuites dirigées contre lui, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué est tenu de justifier de l'accomplissement de certaines conditions analogues à celles qui sont requises pour l'usucapion. » (Aubry et Rau, tome II § 210, note 4.)

La seconde opinion qui est celle que nous adoptons, a pour elle la tradition. Pothier emploie constamment les mots : « acquisition de la libération de « l'hypothèque » (Pothier, *Traité des hypothèques*, livre III, § 4.)

Il assimile expressément la prescription de l'hypothèque à la prescription acquisitive de la propriété. « Il (le tiers détenteur) acquiert par cette possession ce qui manquait à son droit de propriété. » (Pothier, *Bail à rente*, chap. VI, n° 147.) On ne saurait mieux dire et rien n'indique que les rédacteurs du Code aient voulu inaugurer sur ce point une théorie nouvelle.

En somme et à bien considérer de près les divergences que nous venons de signaler, nous y voyons plutôt une querelle de mots qu'une différence fondamentale d'opinions. La prescription libérant l'immeuble de l'hypothèque peut être considérée au sens propre des mots comme extinctive, mais la prescription attribuant au tiers détenteur le démembrement de la propriété qui résulte de l'hypothèque, est évidemment acquisitive, et comme l'acquisition de ce démembrement est l'objet principal de la prescription, nous persistons à lui reconnaître le caractère essentiel de prescription acquisitive.

Notre savant maître, M. Campistron, nous a donné dans le cours qu'il professe avec tant d'autorité à la Faculté de Droit de Toulouse, une formule qui résume en termes précis toute l'économie de cette discussion : « La prescription de l'hypothèque au profit du tiers détenteur est extinctive quant à ses effets, mais acquisitive par sa nature. »

Extinctive quant à ses effets, oui, mais à la condition qu'on l'envisagera par rapport à l'immeuble seulement qu'il s'agit de dégager de l'hypothèque. Mais envisagée par rapport au tiers détenteur qui prescrit, elle restera nécessairement et quant à ses effets et quant à sa nature, simplement acquisitive. Ce n'est donc qu'en faisant une distinction purement théorique entre l'immeuble hypothéqué et le détenteur de l'immeuble que notre savant professeur a été amené à adopter la formule que nous venons de rapporter.

CHAPITRE II

Prescription des Privilèges et des Hypothèques lorsque l'immeuble grevé est entre les mains du débiteur.

En décidant d'une manière générale dans le n° 4, § 1er, que les privilèges et les hypothèques s'éteignent par la prescription, l'article 2180 ne fait qu'une application normale du principe posé dans l'article 2162, qui décide que toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par trente ans.

Il ne s'agit pas ici, bien entendu, de l'extinction par voie indirecte qui résulte de la prescription de l'obligation principale, dont nous avons déjà signalé les effets et qui est basée sur cette règle, que le droit hypothécaire n'étant qu'un accessoire d'un droit principal, ne peut pas lui survivre et s'éteint avec lui.

Le principe posé par le paragraphe premier, que nous allons étudier, est tout autre ; il vise une cause d'extinction directe des privilèges et des hypothèques. A vrai dire, cette disposition dans les termes où elle est formulée peut paraître inutile au premier examen. L'extinction de l'obligation principale entraîne forcément l'extinction du droit accessoire ; pourquoi indi-

quer une cause d'extinction directe, la cause indirecte produisant le même résultat.

On peut donner cependant de cette disposition de la loi une double explication.

Elle a voulu d'abord indiquer avec précision le lien intime qui existe entre l'obligation principale et les privilèges et hypothèques qui en garantissent l'exécution, et la dépendance de ces derniers par rapport à l'obligation.

Le créancier nanti d'une obligation hypothécaire n'a en réalité qu'une action ayant pour objet l'exécution même de cette obligation. Sans doute, il a la faculté d'exercer sur l'immeuble qui lui est affecté son droit réel d'hypothèque, mais cette faculté n'est qu'accessoire à l'exercice du droit principal résultant pour lui de l'obligation.

Si le créancier n'a qu'un droit, qui est le droit de créance, et qu'une action tendant au paiement, il ne peut y avoir qu'une prescription, celle de l'obligation principale et de l'action attachée à cette obligation.

Le débiteur hypothécaire ne peut donc dégager ses biens de l'hypothèque qui les grève, qu'en se dégageant personnellement de l'obligation qu'il a contractée. Et de même que le créancier, pour conserver l'intégralité de son droit tant personnel qu'hypothécaire, n'aura à interrompre que la prescription de l'obligation personnelle (cette interruption s'étendant naturellement aux accessoires de la créance), de même le débiteur ne pourra invoquer le bénéfice de la prescription de l'hypothèque, qu'accessoirement

à la prescription de l'obligation principale et en même temps qu'elle.

Donc et à bien dégager la véritable signification du § 1er du nº 4 de l'article 2180, nous ne pouvons y voir que cette règle plutôt prohibitive qu'affirmative, que le débiteur lorsqu'il détient l'immeuble hypothéqué ne peut prescrire isolément l'hypothèque, sans prescrire la créance elle-même. La prescription de l'hypothèque commence lorsque commence la prescription de l'obligation; toute cause de suspension ou d'interruption de la prescription de l'obligation, s'appliquera à la prescription de l'hypothèque, et cette dernière ne sera acquise que lorsque celle de l'obligation principale le sera elle-même. C'est tout ce que la loi nous paraît avoir voulu dire.

Une autre considération, celle-ci d'ordre purement historique, peut avoir conduit les rédacteurs de l'article 2180 à proclamer le principe de dépendance absolue de la prescription du droit hypothécaire par rapport à la prescription de l'obligation principale et des actions qui en résultent.

Ils ont voulu rompre ouvertement avec les traditions du droit romain, et mettre un terme à la diversité des règles que notre ancien droit avait admises en cette matière.

Il y a lieu de rappeler, en effet, que la loi *cum notissimi* publiée par l'empereur Justin (*codicis liber septimus de prescriptione trijinta vel quadraginta annorum*) décidait qu'à l'avenir l'action hypothécaire serait éteinte après un laps de temps de quarante années quoique la prescription ordinaire

des actions restât soumise à la prescription trentenaire.

Il en résultait que le droit et l'action nés de l'hypothèque survivaient pendant dix années à l'obligation principale. On ne voit pas bien la portée pratique de cette disposition législative, ni l'intérêt pour le créancier à conserver une hypothèque qui ne devait plus avoir d'objet, l'obligation principale étant éteinte.

Pothier en a cependant donné une explication en faisant une distinction entre l'obligation civile et l'obligation naturelle. Après trente ans, le débiteur se trouvait libéré *jure civili,* mais il restait tenu *jure naturali æquitis ratione* si, en réalité, il ne s'était pas libéré. C'est cette obligation naturelle, survivant à l'obligation civile éteinte par l'application des règles du droit positif en matière de prescription, qui se trouvait garantie par l'hypothèque, pendant une période de dix ans après l'extinction de l'obligation principale. (Pothier, tome XII, *Verbo hyp.*, chap. III, § 6.)

D'après les explications données par Pothier, la loi *cum notissimi* avait précisément pour objet, non pas d'étendre de dix années le délai de la prescription du droit hypothécaire, lequel, paraît-il, durait autant que l'obligation naturelle, mais de mettre un terme à l'hypothèque dont la durée était indéfinie comme l'obligation naturelle elle-même, et de réduire la durée de cette hypothèque à quarante années.

La raison qu'il en donne est que la prescription de

trente ans contre l'action personnelle née de l'obligation n'était qu'une fin de non-recevoir contre l'action et n'éteignait pas l'obligation. Et il ajoute : « Cette obligation personnelle, quoique destituée d'action, était suffisante pour que l'hypothèque pût y accéder et se conserver par quelque temps que ce fût. »

Si bizarre que puisse nous paraître aujourd'hui la règle posée par la loi *cum notissimi* et si subtile que soit en elle-même l'explication de Pothier, il n'est pas douteux qu'elle avait été admise dans notre ancien droit, sinon d'une manière générale, du moins dans certaines coutumes.

La plupart des Parlements cependant, notamment ceux de Bordeaux, de Toulouse, d'Aix et de Dijon, soumettaient sans distinction à la prescription de trente ans l'action hypothécaire et l'action personnelle.

Le Parlement de Paris, après quelques hésitations, avait adopté la même règle ainsi qu'il résulte d'un arrêt rendu, toutes chambres consultées, le 18 août 1785.

En citant cet arrêt, qu'il justifie d'ailleurs par le texte des articles 18 et 123 de la coutume de Paris, Merlin émet cet avis que la théorie du droit romain, sur la prescription de quarante ans appliquée à l'action hypothécaire, n'était acceptée qu'à titre d'exception et lorsque les coutumes le décidaient expressément : « La seule bizarrerie de la loi *cum notissimi*, dit-il, devait être une raison suffisante pour la faire rejeter dans toutes les coutumes qui ne l'avaient pas

adoptée expressément. Comment, en effet, comprendre que l'action hypothécaire puisse subsister contre l'obligé lui-même sans l'action personnelle ? Celle-là n'est-elle pas l'accessoire de celle-ci ? Or, l'accessoire peut-il subsister sans le principal ? Cujas et Chopin prétendaient que cela était possible (Cujas, *Tractatus de præscriptionibus,* chap. XXXI. — Chopin, *De moribus Parisianorum*, lib. 2, tit. 8, n° 3, cités par Merlin) et ils en apportaient des exemples tirés des lois. Mais que devait-on en conclure ? Que dans les coutumes qui avaient reçu en termes exprès la disposition de la loi *cum notissimi* elle devait y être observée. Nous ne contestons pas cette vérité ; bizarre ou non, dès qu'une loi existe dans un pays, il faut qu'on lui obéisse, mais la question est de savoir si on devait l'étendre aux coutumes qui n'en parlaient pas..... or, à cet égard, nous sommes fondé à invoquer la grande règle que l'accessoire périt par l'extinction du principal. » (Merlin, *Questions de droit, verbo* hypothèque. § XIII. n° 2.)

C'est évidemment en vue de mettre un terme à ces discussions et à ces divergences que l'article 2180 proclame expressément la dépendance absolue du droit hypothécaire au point de vue de la prescription, par rapport à l'obligation principale, et décide explicitement que la prescription ne sera acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, que par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilège.

Il pouvait être utile de le dire à un autre point de vue. En effet, dans son numéro 1, l'article 2180 pré-

voit et règle le cas d'extinction des privilèges et hypothèques, par suite de l'extinction d'une manière générale, de l'obligation principale. Cette disposition ne contenant aucune restriction aurait pu laisser subsister un doute sur le point de savoir si l'hypothèque n'aurait pas pu se prescrire avant l'obligation et en dehors de l'obligation. C'est ce doute que le législateur voulait dissiper, mais pour cela une disposition était nécessaire.

Le principe de dépendance du droit hypothécaire étant ainsi dégagé et caractérisé, il nous reste à indiquer les applications qu'il comporte.

Faisons remarquer tout d'abord que, quelle soit la durée de la prescription de l'obligation principale, la prescription des privilèges et des hypothèques s'opèrera toujours dans le même laps de temps. Qu'il s'agisse donc de prescription trentenaire ou des diverses prescriptions dites de courte durée, le résultat sera toujours le même ; les privilèges et les hypothèques seront éteints, par trente ans, par cinq ans, par six mois, etc., suivant le cas.

Si au cours de la prescription il survient une interruption ou une cause de suspension de la prescription de l'obligation principale, il faudra en étendre les effets au droit hypothécaire lui-même, dont la prescription sera interrompue ou suspendue pendant le même temps. (Pont, tome II, n° 1244 ; Grenier, tome II, n° 510 ; Troplong, tome IV, n° 877 ; Laurent, t. XXXI, n° 386 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2196.)

La Cour de Toulouse a fait de cette règle une appli

cation intéressante en matière de tutelle. Après avoir posé le principe que l'hypothèque légale du mineur a la même durée que les actions qu'il peut avoir à exercer du chef de la tutelle contre son tuteur, elle décide que la créance, résultant pour le mineur d'un jugement qui condamne le tuteur à lui restituer une somme omise dans le compte de tutelle, est garantie par l'hypothèque légale remontant au commencement de la tutelle, même dans le cas où l'action en redressement du compte étant fondée sur le dol a été intentée après le délai de dix ans, à partir de la majorité fixé par l'article 475 du Code civil pour toutes les actions en général contre son tuteur.

On soutenait dans l'espèce jugée par cet arrêt que l'action du mineur se prescrivant par dix ans, à compter de la majorité, l'hypothèque légale se trouvait éteinte comme l'obligation par l'expiration des dix années. La Cour de Toulouse répond fort justement à cette prétention, que la prescription de l'action étant considérée comme non-avenue à raison de l'existence du dol relevé dans la cause, et cette action restant ouverte au mineur, l'hypothèque qui en était le corrélatif devait se conserver aussi longtemps que l'action elle-même. (Cour de Toulouse, 7 mars 1855; Sirey, 55, 2, 257.)

La même règle devrait être appliquée au cas où, par une reconnaissance formelle interruptive de la prescription (art. 2248), le débiteur donnerait à sa dette une force nouvelle ou en prorogerait la durée. Le droit hypothécaire se trouverait prorogé dans les mêmes conditions et pour la même durée, par la rai-

son que l'hypothèque doit durer autant que l'obligation. Mais il en serait tout autrement si la prescription de l'obligation était acquise et réalisée. La prescription du droit hypothécaire le serait en même temps, et par cela seul se trouverait éteint. Il importerait peu qu'après la prescription ainsi réalisée le débiteur y renonçât et par une reconnaissance formelle se déclarât encore débiteur de l'obligation. Cette reconnaissance et cette renonciation seraient impuissantes à faire revivre les privilèges et les hypothèques éteints. Il y aurait là, en effet, comme une sorte d'obligation nouvelle qui ne pourrait être assortie de garanties hypothécaires que par une convention expresse. Ce ne seraient pas les anciennes garanties qui revivraient, et cela a son importance, car la nouvelle hypothèque ne prendrait rang qu'à sa nouvelle date et ne pourrait résulter que d'un acte authentique. Les conséquences de ce principe sont à noter.

Les anciennes hypothèques, définitivement éteintes ne pourraient pas être opposées aux autres créanciers hypothécaires ou simplement chirographaires, auxquels l'article 2225 reconnaît le droit d'opposer la prescription acquise à leur débiteur encore que celui-ci y renonce.

Il va de soi que cette règle ne peut recevoir son application que lorsqu'il s'agit de prescription libératoire, comme l'est la prescription trentenaire. Cette prescription en effet dans notre droit civil n'est pas une simple présomption de paiement, elle entraîne l'extinction absolue de l'obligation, et c'est pour cette raison de droit que nous avons été amené à dire que

la renonciation à la prescription acquise, peut être considérée comme une obligation nouvelle, du moins à l'égard des tiers.

Quant aux courtes prescriptions qui ne sont au contraire qu'une présomption simple de paiement, nous ne croyons pas qu'on puisse leur appliquer les mêmes règles, précisément parce qu'elles ne libèrent pas le débiteur d'une manière absolue. Elles ne le libèrent pas d'une manière absolue, puisque la loi autorise toujours le créancier à déférer le serment au débiteur, sur le point de savoir s'il est réellement libéré par le paiement.

En refusant de prêter le serment, le débiteur ne renonce donc pas à une prescription acquise et libératoire, il reconnaît au contraire qu'il ne s'est pas libéré par le paiement, et que l'obligation subsiste par conséquent encore. On peut donc dire que les prescriptions de courte durée ne sont accomplies qu'à la condition que le débiteur prêtera le serment qui lui est déféré, et que s'il refuse de prêter le serment, on ne pourra pas voir là une renonciation à la prescription, mais simplement la reconnaissance que le paiement n'a pas eu lieu et que l'obligation n'est pas éteinte. C'est pour cette raison aussi que les autres créanciers ne seront pas admis à assimiler le refus de serment à une renonciation et à soutenir qu'il ne leur est pas opposable.

La distinction que nous avons établie entre ces deux sortes de prescriptions et l'application que nous en avons faite, n'a pas été admise sans contestation. Certains auteurs, donnant à toutes les prescriptions

un effet absolu, ont été jusqu'à soutenir que les gens de service qui se louent au mois ou au trimestre, et donc la créance se prescrit par six mois, aux termes de l'article 2271, doivent pour conserver leur privilège et échapper aux conséquences de la prescription pour les salaires de l'année échue, faire des actes d'interruption. (Valette, n° 33 et 35. Pont I, n° 86.)

Mais cette opinion vivement combattue par MM. Aubry et Rau dans la note citée ci-dessus, méconnaît évidemment l'esprit de la loi, dont la Cour de Bordeaux nous paraît avoir fait une application beaucoup plus exacte et juridique dans les termes suivants : « Attendu que la prescription de cinq ans établie par l'article 189 du Code de commerce diffère quant à sa nature de la prescription ordinaire ou de trente ans. Que celle-ci équivaut à paiement et opère extinction absolue de l'obligation sans permettre au créancier d'en appeler à la bonne foi du débiteur..... qu'il en est autrement de la prescription de cinq ans, qu'elle n'est qu'une présomption de paiement, et implique de la part du débiteur, l'affirmation qu'il a payé. » (Bordeaux, 14 février 1849, Sirey 1849, II, 500.)

La conclusion à tirer des règles que nous venons d'exposer, est que la prescription des obligations soumises à une courte prescription, n'entraîne pas d'une manière radicale et absolue la prescription des privilèges et hypothèques qui peuvent y être attachés, et que ce n'est que lorsque le débiteur a affirmé par serment qu'il s'est libéré, que la créance et les garanties hypothécaires sont définitivement éteintes

par la prescription, les unes ne pouvant pas s'éteindre sans les autres, et qu'enfin le refus par le débiteur de prêter le serment qui lui est déféré, n'est pas une renonciation au bénéfice de la prescription acquise, qu'on ne puisse pas opposer aux autres créanciers.

CHAPITRE III

De la Prescription de l'Hypothèque lorsque l'immeuble appartient à un tiers qui, sans être obligé personnellement, l'a hypothéqué pour assurer le remboursement de la dette d'autrui.

Nous avons eu déjà occasion de dire que le contrat par lequel un propriétaire, non obligé, hypothèque son bien pour garantir la dette d'autrui est parfaitement valable, et constitue une sorte de cautionnement immobilier.

C'est un cas intermédiaire entre les deux cas prévus par l'article 2180. Faudra-t-il lui appliquer les règles du premier ou du second paragraphe du numéro 4 de cet article ?

La question divise profondément les auteurs, elle se rattache d'ailleurs par certains aspects à celle que nous avons déjà examinée touchant le caractère extinctif ou acquisitif de la prescription appliquée au droit hypothécaire.

L'intérêt pratique de la question est le suivant : si celui qui a constitué l'hypothèque sur son bien, sans être obligé, est soumis aux mêmes règles que le débiteur qui détient l'immeuble hypothéqué, il ne

pourra pas prescrire le droit hypothécaire en dehors de l'obligation elle-même ; le sort de l'hypothèque restera lié à celui de l'obligation.

Dans le cas contraire, il pourra prescrire directement et libérer son immeuble du droit réel dont il l'a grevé, par le laps de trente ans, alors même que l'obligation principale ne serait pas prescrite, par suite d'interruption ou de suspension de la prescription ou pour tout autre motif.

Dans une première opinion, on soutient que l'hypothèque ne peut pas être prescrite directement et indépendamment de la prescription de l'obligation elle-même. La raison qu'on en donne est tirée de la force même et du but du contrat par lequel le tiers a constitué l'hypothèque. Ayant affecté l'immeuble au paiement d'une dette, il ne verra cet immeuble dégagé que par le paiement. Cette affectation doit donc durer autant que l'obligation elle-même et ne peut s'éteindre qu'en même temps et dans les mêmes conditions.

En constituant l'hypothèque, dit M. Thézard, le tiers a pris l'engagement, sinon de payer la dette, au moins de maintenir cette hypothèque et de la faire valoir tant que subsisterait la créance (Thézard, n° 248).

D'autres auteurs soutiennent, au contraire, que le tiers constituant a le droit de prescrire directement la charge hypothécaire qu'il a consentie sur ses biens, sans avoir à se préoccuper de ce que devient l'obligation. S'il ne s'est pas obligé personnellement, dit-on, il a obligé ses biens en les grevant d'une charge qui est un véritable démembrement de sa propriété et

constitue au profit du créancier un droit réel. Pourquoi cette charge réelle ne pourrait-elle pas rester soumise à la règle générale de l'article 2262?

Les causes d'interruption ou de suspension de la prescription qui sont opposables au débiteur sont étrangères au constituant qui peut très bien avoir consenti l'hypothèque en dehors de ce débiteur. C'est un contrat particulier qu'il a fait avec le créancier; le lien de droit n'existe qu'entre lui et ce créancier seulement, il est juste et rationnel que les relations qui existent entre eux relativement à ce contrat, restent dans l'avenir ce qu'elles ont été au début, c'est-à-dire étrangères au débiteur principal.

On objecte, il est vrai, l'article 2250, aux termes duquel l'interpellation faite au débiteur principal, ou sa reconnaissance, interrompent la prescription contre la caution. Mais il est facile de répondre qu'il n'est pas possible d'étendre la disposition déjà exorbitante de cet article à un cas qui n'a pas été expressément prévu (Aubry et Rau, t. III, p. 494, n° 16; Laurent, t. XXXI, n° 391; Glasson, *Revue pratique*, 1873, t. XXXVI, p. 225.)

Entre ces deux théories si formellement opposées l'une à l'autre, nous éprouvons un véritable embarras. Notre hésitation vient de ce que nous avons admis que la prescription du droit hypothécaire est une prescription acquisitive, impliquant une possession non précaire et à titre de maître. Or, dans le cas qui nous occupe, le tiers constituant possède bien l'immeuble grevé d'hypothèque; il le possède à titre de maître, bien qu'en consentant l'hypothèque il ait restreint,

par un véritable démembrement, son droit de propriété; mais précisément par la raison qu'il a consenti ce démembrement, sa possession n'est-elle pas ainsi que le font observer MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, viciée dès cet instant, et entachée de précarité?

Ce vice de la possession ne serait-il pas un obstacle à la prescription acquisitive, tant que l'obligation ne sera pas elle-même éteinte?

Nous serions très porté à répondre afffrmativement à cette question et à adopter par suite la première opinion exposée, en la basant sur le caractère acquisitif de la prescription appliquée au droit hypothécaire et sur les termes de l'article 2231 qui n'admettent pas la prescription lorsque la possession s'exerce pour autrui.

CHAPITRE IV

Prescription des Privilèges et Hypothèques lorsque l'immeuble grevé est entre les mains d'un tiers détenteur.

§ 1er. — *Considérations générales.*

La prescription est acquise au tiers détenteur, dit l'article 2180, n° 4, § 2, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit.

On doit entendre ici par tiers détenteur celui qui possède l'immeuble à titre de maître et ne se trouve pas personnellement obligé.

La prescription de la propriété peut être réalisée de deux manières : par la possession trentenaire ou par la possession de dix ou vingt ans, suivant les articles 2262 et 2265.

Les termes de l'article 2180, que nous venons de rapporter, exigent une explication préalable. On pourrait, à première vue, croire que dans la pensée de la loi, la prescription de l'hypothèque, par le tiers détenteur, est inséparable de la prescription de la propriété à son profit et qu'il ne pourra prescrire

l'hypothèque qu'en prescrivant la propriété. Il n'en est rien.

Le plus souvent, cependant, lorsqu'il s'agira notamment de prescription trentenaire, ou d'usucapion par dix ou vingt ans, la prescription de l'hypothèque et celle de la propriété se confondront. Mais il peut arriver, et c'est là un point important à noter, que le tiers détenteur intéressé à prescrire l'hypothèque n'ait pas à se préoccuper de prescrire la propriété. Tel serait le cas où il aurait acheté l'immeuble *a non domino*. Le tiers détenteur aurait dans cette hypothèse une double prescription à réaliser ; l'une contre le véritable propriétaire, l'autre contre le créancier hypothécaire.

L'identification des deux prescriptions n'est pas possible à un autre point de vue, nous voulons parler du point de départ. L'usucapion contre le véritable propriétaire, en supposant (ce que nous admettons en droit) que la vente consentie *a non domino*, lorsque l'acquéreur ignore cette circonstance, puisse être considérée comme un juste titre, commencerait à courir du jour de la prise de possession à titre de maître ; tandis que la prescription de l'hypothèque n'aurait pour point de départ que la transcription du titre suivant la disposition expresse de l'article 2180. (Troplong, *Hypoth.*, t. IV, n° 878 ; Aubry et Rau, t. III, § 293, p. 491, note 3 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. III, n° 2279.)

Ces deux prescriptions sont donc indépendantes l'une de l'autre, elles n'ont de commun que la durée.

Cette indépendance est à noter, car elle peut pré-

senter un intérêt pratique certain. Dans le cas, par exemple où l'usucapion viendrait à être suspendue ou interrompue à l'égard du propriétaire seul, le tiers détenteur n'en prescrirait pas moins l'hypothèque contre le créancier et il pourrait invoquer cette prescription contre le créancier s'il devenait, par un acte ultérieur, propriétaire légitime de l'immeuble.

En fait, d'ailleurs et dans la plupart des cas, le tiers détenteur aura acquis l'immeuble du véritable propriétaire qui, avant la vente, l'avait grevé d'une hypothèque. Il ne pourra être question, par suite, que de la prescription du droit hypothécaire seul et pour appliquer la disposition de l'article 2180 que nous étudions, il faudra que le tiers détenteur ait possédé l'immeuble pendant le temps qui lui aurait été nécessaire pour prescrire la propriété.

Il nous reste à signaler une autre règle importante : le tiers détenteur ne peut pas prescrire le droit hypothécaire seul et indépendamment de l'obligation principale, lorsqu'il est personnellement obligé au paiement de la dette. L'hypothèque, dans ce cas, ne serait considérée que comme un accessoire de la créance et ne pourrait pas se prescrire en dehors d'elle. On retomberait ici sous l'empire du § 1er du nº 4 que nous avons déjà étudié.

Le cas peut se présenter assez fréquemment dans la pratique. L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué peut être tenu de la dette en qualité de caution, il arrive aussi qu'en devenant acquéreur il s'engage à payer les dettes hypothécaires qui grevaient l'immeuble acheté. Dans ces divers cas, l'hypothèque ne

pourra pas être prescrite en dehors de l'obligation principale, les deux prescriptions seront intimement liées l'une à l'autre et l'hypothèque ne sera éteinte que lorsque l'obligation le sera. Nous en avons déjà donné la raison. La prescription de l'hypothèque impliquant la possession à titre de maître, cette possession se trouve viciée à son origine par l'obligation personnelle qui incombe à celui qui veut prescrire. Il ne possède au point de vue hypothécaire qu'avec précarité.

La Cour de Bordeaux a fait application de cette règle en décidant que le tiers détenteur qui par son acte d'acquisition s'était engagé à payer le prix aux créanciers inscrits, était tenu d'une double obligation, l'une comme tiers détenteur, l'autre personnelle, et que dans ces conditions la prescription de dix ans n'était pas possible, la prescription de l'obligation ne pouvant être acquise que par trente ans. (Bordeaux 11 mars 1863, Dalloz 64, I, 191.)

Il y avait d'ailleurs dans l'espèce une autre raison que la Cour de Bordeaux a soin de relever. Le tiers détenteur ayant eu connaissance des hypothèques par son acte d'acquisition, n'était pas de bonne foi et ne pouvait pas prescrire.

De ce que le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé, peut prescrire directement le droit hypothécaire indépendamment de la prescription de l'obligation, il ne s'en suit pas qu'il ne puisse pas invoquer cette dernière prescription lorsqu'elle s'est réalisée avant celle de l'hypothèque. On retomberait ici dans le cas du premier paragraphe de l'arti-

cle 2180 ; l'hypothèque s'éteindrait par voie indirecte par suite de l'extinction de l'obligation et non par l'effet d'une prescription directe. (Pont, tome II, n° 1295, page 532 ; Troplong, *Hypoth.*, n° 878 *bis.*)

Le principe qui se dégage de la loi est que le tiers détenteur prescrira l'hypothèque comme il prescrirait la propriété, par une possession de trente ans ou de dix ou vingt ans suivant le cas et de la même manière.

On fait même remarquer que la prescription de l'hypothèque serait réalisée au bout d'un an dans le cas particulier prévu par l'article 559, à l'encontre du propriétaire d'une portion d'immeuble détachée par l'inondation et portée vers un champ opposé ou inférieur auquel il serait incorporé. (Troplong, *Hypothèques* n° 878 ; Pont, II, 1247 ; Baudry-Lacantinerie, III, 2280.) Le propriétaire qui ayant possédé pendant un an la portion d'immeuble incorporée à son fonds, en aurait prescrit la propriété à l'encontre de l'ancien propriétaire prescrirait en même temps les hypothèques qui grèvent cette portion d'immeuble.

§ 2. — *Prescription de l'hypothèque et du privilège par trente ans.*

Ici pas de difficultés à prévoir. Le tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé prescrira les privilèges et les hypothèques par trente années de possession à titre non précaire. La loi n'exige dans ce

cas ni juste titre ni bonne foi ; la possession seule suffira pourvu qu'elle réunisse les conditions exigées pour la prescription de la propriété (Art. 2229). Il importera peu que l'obligation soit éteinte en même temps ou ne le soit pas par suite de suspension ou d'interruption.

Ainsi que nous l'avons fait remarquer dans les considérations générales qui précèdent, cette prescription est indépendante de celle de l'obligation, de même qu'elle est indépendante de celle de la propriété. Je possède un immeuble pendant trente ans, je prescris la propriété contre le propriétaire, je prescris aussi l'hypothèque contre le créancier. Si le propriétaire interrompt la prescription contre moi, cela ne m'empêchera pas de prescrire l'hypothèque contre le créancier ; de même, le créancier pourra interrompre la prescription de l'obligation contre le débiteur sans que les effets de cette interruption s'étendent à la prescription de l'hypothèque qui s'accomplit à mon profit en ma qualité de tiers détenteur. (Colmet de Santerre, tome IV, n° 164 *bis*. — Aubry et Rau, III, § 293, note 3. — Thézard, n^{os} 249 et 250. — Baudry-Lacantinere et de Loynes, III, n° 2279.)

§ 3. — *Prescription des privilèges et des hypothèques par dix ou vingt ans.*

Le principe de la prescription des hypothèques et des privilèges par dix ou vingt années est basé sur

les considérations d'ordre public qui ont fait admettre la prescription de la propriété par ce laps de temps relativement restreint.

Considérant l'hypothèque comme une atteinte à la propriété et un véritable démembrement de cette propriété, on a cherché à en restreindre le plus possible les effets, de manière a rendre le droit du propriétaire aussi stable aussi certain que possible en le dégageant dans la mesure où on le pouvait sans méconnaître trop ouvertement les droits du créancier, des charges réelles que comportent les privilèges et les hypothèques.

On peut dire d'une manière générale que dans cette lutte entre le droit du créancier et le droit qui résultera de la possession, c'est celui du créancier qui a été sacrifié.

En assimilant la prescription de l'hypothèque au profit du tiers détenteur, à la prescription de la propriété par dix ou vingt ans, le législateur a établi un système qui théoriquement peut se défendre si l'on considère l'hypothèque comme un démembrement de la propriété et la prescription du droit hypothécaire comme acquisitive.

Mais nous ne saurions perdre de vue, d'une part, que l'usucapion par dix et vingt ans, a pour fondement essentiel la bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance où est celui qui prescrit des charges qui grèvent l'immeuble, et d'autre part que le régime hypothécaire tel qu'il est établi par le Code est basé sur la publicité. Cette publicité devrait, semble-t-il, établir une présomption exclusive de la bonne foi et mettre obs-

tacle à une prescription tout exceptionnelle dont la bonne foi est l'élément nécessaire.

Considérée sous cet aspect, la théorie du Code civil qui étend à la prescription des hypothèques et des privilèges les règles de l'usucapion par dix et vingt ans, paraît manquer de logique.

On peut bien dire, il est vrai, que la prescription de l'hypothèque ne courant que du jour de la transcription du titre sur les registres du conservateur, il y a là un correctif efficace, puisque le créancier sera ainsi avisé que l'immeuble hypothéqué est à partir de ce moment passé en d'autres mains et qu'il devra, par suite, prendre pour la conservation de son droit, toutes les mesures que la loi l'autorise à prendre. Mais nous verrons plus loin combien cette prétendue sauvegarde tirée de la nécessité de la transcription, peut, dans certains cas, être illusoire et vaine.

Cette assimilation des deux prescriptions avait été dès le début vivement critiquée. S'inspirant de ces critiques, dont la pratique avait montré l'exactitude et la justesse, le gouvernement avait été amené vers l'année 1840 à prendre l'initiative d'un projet de modification des dispositions du Code civil sur ce point.

Un projet de loi dont M. de Vatismenil était rapporteur et qui arriva jusqu'à la troisième lecture, portait que désormais les privilèges et hypothèques n'étaient pas susceptibles de prescription directe indépendamment de la prescription de l'obligation principale. L'obligation principale n'étant prescrite que par trente ans, les hypothèques ne devaient pou-

voir être prescrites que par ce même laps de temps. A la séance du 1er juillet 1851, un député demanda et obtint l'ajournement de la discussion. De graves événements politiques survinrent peu de temps après, et voilà comment une réforme importante dont tout le monde reconnaissait l'opportunité ne fut pas réalisée.

Mieux avisée, la Belgique, sut profiter des travaux préparatoires de notre assemblée, et introduisit dans l'article 108 de la loi du 16 décembre 1851 la règle d'après laquelle la prescription « n'est acquise au tiers détenteur que par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue ».

Quoiqu'il en soit, et malgré les critiques dont il a été l'objet, le système du Code est encore en vigueur et nous devons en étudier l'économie et l'application.

L'assimilation faite par l'article 2180, de la prescription des privilèges et hypothèques, à la prescription de la propriété, indique suffisamment que la prescription de dix et vingt ans qui nous occupe, a pour base essentielle la possession, et doit être considérée comme une véritable usucapion, puisque nous avons admis que cette prescription était acquisitive. La conséquence à en tirer sera que la possession exigée pour la prescription de l'hypothèque devra réunir les conditions ordinaires déterminées par l'article 2229. Elle devra donc être continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire.

Mais indépendamment de ces caractères généraux, communs à toutes les prescriptions acquisitives, elle

devra pour produire dans le délai restreint et exceptionnel de dix ou vingt ans, réunir les conditions exigées par l'article 2265, c'est-à-dire que l'acquéreur devra être de bonne foi et avoir un juste titre.

Il importe cependant de noter deux différences dans les conditions de réalisation de la prescription, entre la prescription du droit hypothécaire et l'usucapion.

L'usucapion commence à courir du jour de la prise de possession effective par l'acquéreur, tandis que l'article 2180 ne fait courir la prescription que du jour de la transcription du titre. C'était bien le moins que pût imposer la loi à celui qui va, au moyen de la prescription, dépouiller le créancier des droits réels qui lui avaient été concédés.

D'autre part, et au point de vue de la computation du délai de dix ou de vingt années, on n'aura à tenir compte que du domicile du créancier contre lequel on prescrit, sans avoir égard au domicile du véritable propriétaire, lorsque le tiers détenteur aura acheté l'immeuble *a non domino*. C'est l'application du principe déjà posé par nous, de l'indépendance des deux prescriptions. Le délai sera donc de dix années si le créancier a son domicile dans le ressort de la Cour d'appel, et de vingt s'il a son domicile hors de ce ressort. De telle sorte qu'ayant acheté l'immeuble à *non domino*, le tiers détenteur pourra prescrire l'hypothèque par dix ans, tandis qu'il ne prescrira la propriété que par vingt ans, si le véritable propriétaire habite hors du ressort de la situation de l'immeuble.

A part ces différences qu'il est bon de signaler,

nous pouvons dire d'une manière générale que toutes les conditions prescrites pour l'usucapion par dix ou vingt ans, devront être exigées pour la prescription des privilèges et hypothèques. Nous allons passer en revue chacune de ces conditions.

1° *Possession.* — Il ne peut être question ici que de la possession légale, c'est-à-dire de la détention à titre de maître. Cette possession pourra s'exercer utilement par des ayants cause ou préposés du tiers détenteur et devra présenter au surplus, ainsi que nous l'avons dit, tous les caractères exigés par l'article 2229.

Il ne paraît pas douteux que le possesseur ne puisse joindre sa possession personnelle à la possession utile de ses auteurs, de quelque manière qu'il leur ait succédé, à titre universel ou à titre particulier, à titre onéreux ou à titre gratuit.

Il suit de là, ainsi que le fait observer Duranton (Duranton, tom. XX, numéro 316), que dans le cas de plusieurs aliénations successives, le détenteur actuel pourra, en vue de la prescription, joindre sa possession à celle des vendeurs intermédiaires, mais avec cette réserve cependant, que s'il s'agit de la prescription de dix ou vingt ans, elle ne commencera à courir qu'à partir de la transcription du titre, et alors même que cette transcription n'aurait été faite que par un second ou troisième acquéreur.

Par contre, la transcription faite par le premier acquéreur, profiterait à tous les autres acquéreurs subséquents, qui seraient dispensés de remplir cette

formalité, puisque le délai de la prescription courrait de la date de la première transcription, qui serait suffisante pour remplir le vœu de la loi, ce vœu étant simplement d'avertir par cette publicité le créancier hypothécaire que l'immeuble est sorti des mains de son débiteur et de le mettre ainsi en demeure de conserver son droit de suite. (Cour de Limoges, 22 juin 1881 ; Sirey, 82, 2, 33.)

La possession de l'héritier ou du légataire général et universel, n'étant que la continuation de celle de leur auteur, il y aurait lieu de décider si ce dernier était en même temps que détenteur de l'immeuble obligé au paiement, que la prescription ne serait pas possible, la possession de l'héritier ou légataire se trouvant frappée de cette tare originaire. Nous avons dit, en effet, dans nos considérations générales, que le tiers détenteur personnellement obligé ne pouvait prescrire l'hypothèque qu'en même temps que l'obligation.

La Cour de Rouen, dans un arrêt fortement motivé du 30 mars 1895 (Dalloz, 1895, 2, 209), a fait une application très intéressante des principes que nous venons d'exposer. Elle a décidé que le tiers détenteur des immeubles hypothéqués, ne peut pour compléter la prescription résultant de la possession, y joindre la prescription courue au profit du débiteur personnel, son auteur particulier ; ces deux prescriptions n'ayant pas le même caractère, l'une étant acquisitive, l'autre ne pouvant être qu'extinctive et impliquant nécessairement la prescription de l'obligation, en même temps que la prescription de l'hypothèque, sans que

cette dernière puisse être réalisée indépendamment de la première.

2° *Juste titre.* — Quel est le juste titre qu'exige implicitement l'article 2180 pour la prescription des privilèges et hypothèques ? Devra-t-il réunir les conditions exigées pour la prescription de la propriété et suffira-t-il qu'il remplisse seulement ces conditions ? L'affirmative est généralement admise.

Les mots juste titre doivent s'entendre non d'un titre écrit seulement, mais de tout acte ou fait juridique qui, considéré en lui-même, doit avoir pour effet de transférer la propriété.

Remarquons cependant qu'en matière de prescription des hypothèques et privilèges, la nécessité d'un titre écrit s'impose, puisque la prescription ne court que du jour de la transcription du titre translatif de propriété.

Il faut que par sa nature même l'acte soit translatif de propriété ; s'il ne remplit pas cette condition essentielle, il sera inopérant et il ne pourra pas servir de point de départ à la prescription. C'est ainsi que le contrat pignoratif, qui n'est en réalité qu'un contrat de prêt avec nantissement immobilier sous les apparences d'une vente, ne saurait constituer le juste titre nécessaire pour prescrire. C'est ce qu'a expressément jugé la Cour de Rouen, le 12 janvier 1882. (Dalloz, 1883, II, 12. — Bastia, 2 février 1857. — Sirey, 59, II, 129. — Aubry et Rau, IV, § 396, page 613, note 57.)

Ce caractère translatif de propriété de l'acte est-il

seul exigé par la loi comme en matière d'usucaption? Ne sera-t-il pas nécessaire, en outre, que le titre indique expressément que l'immeuble aliéné n'est grevé d'aucune charge?

M. Labbé, dans une note qui accompagne un arrêt de la Cour de Paris, du 12 juin 1866 (Sirey, 67, II, 34), croit que le juste titre nécessaire pour prescrire le droit hypothécaire doit révéler expressément que l'immeuble aliéné est exempt de toute hypothèque. Mais on peut répondre à cela que ni le texte, ni l'esprit de la loi n'imposent la nécessité de cette indication. La propriété est toujours présumée libre de charges, la liberté des héritages étant la règle générale. Celui qui achète n'a donc pas à demander une déclaration relativement aux charges qui pourraient grever l'immeuble, le titre qui lui transmet la propriété la lui confère, à moins de déclaration contraire, libre et intégrale. « Il suffit, dit Pothier, que l'acquéreur n'ait pas eu par son titre d'acquisition, ni d'ailleurs, connaissance de l'hypothèque et ait possédé l'héritage comme franc. » (Pothier, *Traité des hypothèques*, chapitre III, § 6. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2283.)

Nous avons déjà signalé que, d'après les termes exprès de la loi, le titre ne produit d'effet utile au point de vue de la prescription de l'hypothèque, qu'à partir du jour de sa transcription. Cette exigence de la loi aurait été pleinement justifiée sous l'empire de la loi de Brumaire, an VII, qui exigeait la transcription pour qu'il y eût translation réelle de la propriété à l'égard des tiers,

Elle se comprendrait encore aujourd'hui, après la loi du 23 mars 1855; mais on ne peut guère se l'expliquer si l'on se reporte au système du Code civil, que par cette considération que, lorsque l'article 2180 a été rédigé, on supposait que le régime de la loi de Brumaire, an VII, serait conservé, ou bien encore, ainsi que nous l'avons indiqué, par le désir que l'on avait de mettre les créanciers hypothécaires en mesure de connaître le danger auquel les exposait l'aliénation qui allait servir de point de départ à une prescription relativement courte. (Delvincourt, III, page 182, note 3. — Troplong, *hypothèques*, n° 883. — Pont, tome XXI, page 537, n° 1252.)

3° *Bonne foi.* — La bonne foi lorsqu'il s'agit de l'usucapion consiste dans la croyance où l'on est qu'on acquiert réellement un immeuble de celui qui en est le véritable maître. Lorsqu'il s'agira de prescrire contre le droit hypothécaire, la bonne foi consistera dans l'ignorance où sera l'acquéreur des charges dont l'immeuble acquis se trouve grevé.

Se basant sur les conditions de publicité prescrites par la loi en matière d'hypothèques, certains auteurs ont soutenu que l'acquéreur ne pouvait pas être présumé ignorer l'existence des charges hypothécaires grevant l'immeuble par lui acquis ; et Duranton en a déduit que la bonne foi n'était pas exigée pour prescrire l'hypothèque, et que le tiers détenteur pouvait réaliser la prescription bien qu'il eût connaissance des inscriptions, dans la croyance où il

pouvait être que le débiteur paierait ses dettes. (Duranton XX, n° 325.)

Mais cette opinion n'a pas été suivie, et avec juste raison. Les termes de l'article 2180 ne peuvent laisser aucune incertitude sur sa véritable portée. Il n'est pas douteux en effet que le législateur a voulu exiger du tiers détenteur, qui prescrit contre le créancier hypothécaire, toutes les conditions qu'il exige, de celui qui veut prescrire contre le propriétaire, et notamment sa bonne foi.

Sans doute, la première partie du paragraphe que nous étudions, ne vise que la durée de la prescription; mais dans la seconde partie, l'assimilation des deux prescriptions est en quelque sorte explicite. « Dans le cas où la prescription suppose un titre... » dit-il, or, il n'y a qu'une seule prescription qui suppose un titre, c'est celle de l'article 2265, qui exige la bonne foi.

Il ne faut pas oublier que la prescription par dix ou vingt ans est une prescription exceptionnelle et de faveur, par opposition à la prescription ordinaire qui n'est acquise qu'après trente ans, pour tous les droits réels ou personnels.

Ce régime de faveur n'a été adopté, que par la raison que celui qui prescrit a un titre et est de bonne foi. Il serait inexplicable que ces deux conditions exigées pour la prescription de la propriété ne le fussent pas pour la prescription d'un démembrement de la propriété, et que le créancier hypothécaire fût plus durement traité que le propriétaire. Rien ne justifierait cette différence de traitement, et

il est plus logique et plus équitable d'admettre que par identité de motifs, la même règle et les mêmes conditions doivent être appliquées aux deux prescriptions.

On objecte il est vrai que la prescription de l'hypothèque ne commençant à courir que du jour de la transcription, l'acquéreur a du ou a pu, en faisant transcrire son titre, avoir connaissance des hypothèques qui grèvent le fonds par lui acquis.

Cette objection ne nous paraît pas décisive. D'abord, et en effet, l'acquéreur peut faire transcrire sans perdre connaissance des inscriptions. On pourra, il est vrai l'accuser de négligence, mais la négligence ne suffit pas pour le constituer de mauvaise foi, d'autant plus qu'il peut avoir été trompé par le vendeur, en qui il aura eu trop de confiance. Il convient d'ajouter que la bonne foi ne doit s'apprécier qu'au moment de l'acquisition et non à celui de la transcription ainsi que nous l'indiquerons dans quelques instants.

Ces considérations ont paru suffisantes à la presque unanimité des auteurs, qui décident, que la bonne foi, telle qu'elle est exigée pour l'usucapion, est nécessaire pour la prescription du droit hypothécaire en tenant compte bien entendu, des différences que comporte la nature même des droits, qu'il s'agit de prescrire. (Troplong 4, n° 880. — Pont, t. 2, n° 1250. — Aubry et Rau III § 293, page 492 note 6. — Glasson *Rev. prat.*, 1873, page 306, n° 131. — Colmet de Santerre, IX, n° 164 *bis*. — Thézard, n° 249. — Agen, 1er mars 1893. — Dalloz, 1895, 2, 369.)

On s'est demandé encore si la bonne foi exigée du

tiers détenteur pour prescrire contre le droit hypothécaire, devait être accompagnée de la bonne foi en ce qui concerne l'acquisition de la propriété ; en d'autres termes, si l'acquéreur ignorant les charges hypothécaires, et étant à ce point de vue de bonne foi, mais sachant qu'il achetait à *non domino* et étant dans ce cas de mauvaise foi, au point de vue de l'usucapion, pouvait prescrire les hypothèques.

La question est résolue affirmativement par M. Thézard, qui admet que l'acquéreur de mauvaise foi quant à la propriété, pourra prescrire par dix ou vingt ans contre le créancier hypothécaire, s'il a ignoré l'existence de l'hypothèque, bien qu'il ne puisse pas prescrire autrement que par trente ans le droit de propriété, à raison de la mauvaise foi tirée de ce qu'il connaissait que la vente lui était consentie à *non domino*.

Ce serait là un résultat bizarre, bien que, à la rigueur, il puisse théoriquement se concevoir. Nous avons déjà admis, lorsque nous avons affirmé l'indépendance absolue des deux prescriptions, celle du droit de propriété et celle de l'hypothèque, que la créance hypothécaire pouvait être prescrite contre le créancier, sans que le droit de propriété fut prescrit à l'encontre du propriétaire et sans même que l'obligation elle-même fût prescrite lorsque le tiers détenteur n'est pas tenu de la dette. Mais dans l'hypothèse prévue par nous, le tiers détenteur était de bonne foi en ce qui concerne son acquisition, il croyait acheter *à domino*.

Dans la question posée, au contraire, l'acquéreur

ignore bien l'existence des hypothèques mais il sait qu'il achète *a non domino*. Nous estimons qu'il serait contraire à l'esprit de la loi, et aux simples règles de la morale que dans ce cas il pût prescrire le droit hypothécaire.

En exigeant un titre, l'article 2180 n'a voulu évidemment parler que d'un titre sincère destiné par son caractère même et par la volonté présumée des parties à transmettre réellement le droit de propriété. Il n'a certainement pas eu pour but de faire profiter des avantages et de la faveur de l'article 2265, l'acquéreur qui, n'ayant qu'un titre qu'il savait vicié à son origine et qui contenait une tentative de spoliation, n'a pas fait une acquisition sérieuse et honnête. S'il a connu le vice fondamental qui entachait son titre et le soumettait au point de vue de la propriété à la nécessité de la prescription trentenaire, il doit être constitué de mauvaise foi pour tous les effets juridiques que pouvait produire ce titre. (Colmet de Santerre, tome IX, n° 164 bis.)

On s'expliquerait d'autant moins que la loi voulût protéger le tiers détenteur quand il est de mauvaise foi, par rapport à la propriété, que ce traitement de faveur serait, en fait, le plus souvent illusoire. En effet, l'acquéreur qui aurait pu dégager par la prescription de dix ans son immeuble du droit hypothécaire qui le grevait resterait soumis pendant trente ans à l'action en revendication du véritable propriétaire contre qui la prescription n'aurait pas couru ; et comme le créancier hypothécaire pourrait, par application de l'article 1166, exercer lui-même,

du chef de son débiteur, cette action en revendication, on arriverait à ce singulier résultat, que l'hypothèque éteinte, par rapport au tiers détenteur dépossédé par suite de l'action en revendication, reprendrait toute sa force contre le propriétaire revendiquant. Ce n'est certainement pas à des conséquences aussi singulières que le législateur a voulu aboutir. Aussi faut-il admettre qu'il y a entre la prescription de la propriété et la prescription de l'hypothèque un lien étroit au point de vue de la bonne foi et que d'une manière générale, cette bonne foi doit présider à l'acte qui doit servir de base aux deux prescriptions. (Pothier, *Prescr.*, 1re partie, ch. V, § 3. Glasson, *Rev. prat.* 1873, tome XXXVI, page 224, n° 150. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2287.)

De même pour l'usucapion, il suffira pour la prescription des hypothèques, que la bonne foi existe au moment de l'acte translatif de propriété (Art. 2269).

Il importera donc peu que postérieurement à cet acte, lorsqu'il fera transcrire son titre par exemple, l'acquéreur apprenne que des hypothèques grèvent l'immeuble acheté. Cette révélation n'aura pas d'effet rétroactif et ne viciera pas la bonne foi qui existait au moment où s'est formé le lien de droit entre lui et son vendeur. (Caen, 26 août, 1825. Dalloz XXVIII, 2, 219. — Pont, 11, n° 1250. Aubry et Rau III, § 293, page 492. — Troplong, n° 880.)

La bonne foi tient à l'état d'esprit de l'acquéreur au moment où il est devenu propriétaire. Il faut qu'à ce moment il ait eu la conviction qu'il devenait réel-

lement propriétaire, et en second lieu que son droit de propriété n'était restreint par aucune charge hypothécaire, et que s'il y avait réellement des hypothèques, il en ait ignoré l'existence.

Tout se ramène à une question de fait et d'appréciation. Les circonstances qui accompagnent l'acte d'acquisition et qui doivent révéler l'état d'esprit de l'acquéreur peuvent varier à l'infini et il semble qu'on ne peut, après avoir posé en principe la nécessité de la bonne foi, que s'en rapporter à la sagacité du juge pour déterminer le caractère et la signification des faits révélateurs de la bonne ou de la mauvaise foi.

On a cependant cherché à établir quelques règles générales et signalé des cas d'application qu'il est de notre devoir d'indiquer.

Certains auteurs ont admis en principe que l'acquéreur ne pouvait être considéré de mauvaise foi que lorsque le titre même d'acquisition faisait mention de l'existence des charges grevant l'immeuble.

Ce serait pousser un peu loin l'application du principe que la bonne foi se présume toujours. Pour adopter une pareille règle, il faudrait un texte formel, excluant toute autre circonstance capable de révéler la mauvaise foi.

Certains jurisconsultes ont voulu poser une autre règle presque aussi absolue, d'après laquelle, l'acquéreur serait de mauvaise foi, par cela seul qu'il existerait des inscriptions sur le registre du conservateur. (Grenier, tome II, n° 515. — Delvincourt, tome III, pages 385-386.)

Dans ce système la question de bonne ou de mauvaise foi ne se poserait qu'au sujet des privilèges ou des hypothèques dispensées d'inscription. Nous devons reconnaître qu'il a du moins le mérite d'être logique. Il paraîtrait en effet naturel sous un régime hypothécaire basé sur la publicité des inscriptions, qu'un acquéreur ne puisse sérieusement invoquer la cause d'ignorance, alors qu'il lui suffit de prendre un simple renseignement au bureau des hypothèques. Il y a donc de sa part négligence coupable, s'il prétend avoir ignoré l'existence des charges, mais à cela il est aisé de répondre que la négligence n'implique pas la mauvaise foi, et que d'autre part les déchéances et les sanctions sont de droit étroit. Il eût été évidemment naturel que la loi établît cette présomption de mauvaise foi lorsque des inscriptions existent, mais ne l'ayant pas fait, il ne saurait appartenir au commentateur de le faire.

Il ne suffit donc pas de dire que l'acquéreur a pu connaître l'existence des hypothèques, puisqu'elles étaient publiques, il faut qu'on puisse affirmer qu'il les a réellement connues. Jusque-là, il reste sous la protection de la règle que la bonne foi se présume toujours.

Telle paraît être l'opinion de la grande majorité des auteurs. Ils réduisent ainsi que nous l'avons fait nous-même toute cette question de bonne ou de mauvaise foi à une question de fait et d'appréciation qui relève autant des règles de la morale et de la psychologie que de celles du droit. (Pont, II, p. 535, numéro 1250. Colmet de Santerre, tome IX, numéro

164 *bis*, page 388. Baudry-Lacantinerie, III, n° 2284. Guillouard, IV, page 227, numéro 1922.) Nous concluons donc que l'existence d'inscription sur le registre du conservateur au moment de l'acquisition ne suffit pas pour constituer le tiers détenteur de mauvaise foi. Il n'est pas présumé les avoir connues; et il pourra par suite bénéficier de la prescription.

Mais cette présomption pourra être détruite par des preuves et même par des présomptions contraires, et le créancier sera toujours recevable à prouver que le tiers détenteur a eu réellement connaissance des inscriptions. (Troplong, IV, numéros 879, 880, 882.) Quelques jurisconsultes estiment que cette preuve faite ne suffirait même pas, par elle seule, à constituer le tiers détenteur de mauvaise foi. Elle produirait seulement cet effet que la présomption se retournerait contre lui, et qu'il serait présumé de mauvaise foi, par cela seul qu'il aurait eu connaissance de l'existence des hypothèques. Ce serait dans ce cas à lui à prouver que cette connaissance n'est pas exclusive de sa bonne foi, et qu'il a cru que les inscriptions n'avaient plus ni effet ni portée, soit parce qu'elles étaient périmées, soit parce que la dette ayant été éteinte par un moyen quelconque, le droit hypothécaire l'avait été en même temps. (Aubry et Rau III, § 293, page 491, note 6. Guillouard, IV, numéro 1923.)

Il nous paraît en effet excessif de poser en principe, d'une manière absolue et générale que la simple connaissance qu'a eue l'acquéreur de l'existence d'inscriptions, puisse lui faire perdre le bénéfice de

la présomption ordinaire de bonne foi et le mettre en état de mauvaise foi présumée. Rien dans la loi ne nous permet de poser une pareille règle et d'en imposer *à priori* l'application au tiers détenteur. Fût-elle d'ailleurs être admise, qu'elle ne serait que relative et qu'elle comporterait des tempéraments que la jurisprudence n'a pas manqué d'y apporter.

Certains arrêts décident en effet que le tiers détenteur doit toujours être présumé de bonne foi, et par suite dispensé de toute justification, par cela seul *qu'il a pu croire* que les inscriptions étaient devenues sans objet. (Bourges, 31 décembre 11. Sirey 32, 2, 265. Bordeaux, 15 janvier 1835, S. 35, 2, 248. Dalloz *verbo*, *Privilèges et hypothèques,* numéro 2506 4°. Caen, 15 février 1898.)

Nous l'avons déjà dit, tout en cette matière est question de fait et d'appréciation. C'est ainsi que la révélation qui sera faite à l'acquéreur dans l'acte même d'aliénation, de l'existence des charges hypothécaires, excluera d'une manière radicale la bonne foi de cet acquéreur. (Cour de Toulouse, 17 février 1890. Tribunal de la Seine, 29 juin 1889. Lyon, 18 décembre 1891. Cassation, 7 août 1860. Dalloz, 1860, I, 506.)

On a pu juger que l'adjudicataire d'un immeuble n'était pas de bonne foi au point de vue de la prescription du droit hypothécaire, par cela seul que le cahier des charges imposait à l'adjudicataire l'obligation de requérir l'état des inscriptions dans la quinzaine de la transcription. Ce ne peut être évidemment que par une appréciation souveraine des

faits qu'il en a été décidé ainsi, puisqu'il suffit que la bonne foi existe au moment même de l'acquisition, et que dans l'espèce la nécessité de requérir l'état des inscriptions se reportait à une date postérieure à l'adjudication et même à la transcription. De même encore, la présomption de bonne foi disparaîtrait ultérieurement, si l'acquéreur avait connaissance, non seulement de l'existence des inscriptions, mais encore de la réalité des hypothèques au moment de son acquisition ; il ne pourrait pas faire résulter sa bonne foi de la croyance qu'il avait que le vendeur acquitterait la dette et dégagerait ainsi l'immeuble vendu. (Cour d'Agen, 1er mars 1893; Dalloz, 95, 2, 369; Glasson, *Revue pratique* 1873, t. XXXVI, p. 209, n° 132; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2286.)

§ 4. — *Suspension de la prescription.*

La prescription des privilèges et hypothèques est suspendue par les causes de suspension applicables à toutes les prescriptions. La loi les indique dans les articles 2252 et 2253 ; ce sont : la minorité, l'interdiction et les relations des époux entre eux.

Le tiers détenteur qui a acheté un immeuble grevé d'ypothèque au profit d'un mineur ou d'un interdit ne peut pas commencer à prescrire le droit hypothécaire. Lorsque la prescription a commencé avant l'interdiction, par exemple, elle est simplement suspendue pendant toute la durée de l'interdiction,

et elle reprendra son cours lorsque les causes de suspension auront cessé.

Ces causes de suspension tenant à la qualité même des personnes contre lesquelles la prescription courait ou aurait pu courir, il en résulte qu'elles ne doivent être envisagées que par rapport à la personne même de ceux qui sont appelés à en bénéficier.

Lors donc que le véritable propriétaire de l'immeuble sera majeur et que le créancier hypothécaire sera mineur, la prescription de l'hypothèque sera suspendue à l'égard de ce dernier pendant la minorité, tandis qu'elle pourra parfaitement courir contre le propriétaire majeur, et *vice versa*. Tel serait le cas où l'immeuble aurait été acheté à *non domino*. Nous trouvons encore là l'application de la règle de l'indépendance absolue des deux prescriptions déjà signalée.

Pendant le mariage, la prescription des hypothèques est suspendue entre époux, mais elle ne l'est pas en ce qui concerne l'hypothèque que pourrait avoir la femme pour garantie d'une créance contre des tiers. Elle ne serait pas davantage suspendue au détriment de l'acquéreur d'un immeuble du mari, grevé de l'hypothèque légale de la femme. Cette hypothèque légale pourrait être prescrite par le tiers détenteur, mais sous la réserve de l'application de la disposition exceptionnelle de l'article 2256, dans le cas, où l'action de la femme contre ce dernier devrait réfléchir contre le mari. (Aubry et Rau, III, § 293, p. 494, note 20; Thézard, n° 251; Laurent, XXXI, n° 393; Glasson, *Revue pratique* 1873, t. XXXVI, p. 221;

Cassation, requête, 25 janvier 1881 ; Dalloz, 81, 1, 246 ; 27 décembre 1854 ; Dalloz 1855, 1, 52.)

La créance hypothécaire objet de la prescription peut être soumise à certaines modalités particulières ; elle peut être à terme ou dépendre d'une condition suspensive. Quelle sera l'influence de ces modalités de la créance sur la prescription du droit hypothécaire ? Cette prescription sera-t-elle suspendue comme l'est la prescription de l'obligation elle-même ?

Cette question a créé entre la doctrine et la jurisprudence une dissidence radicale et a donné lieu à des discussions fort vives, dont il est de notre devoir de rapporter ici les éléments essentiels.

Le siège de la difficulté réside dans l'article 2257 et dans l'application qu'il comporte. Il s'agit de savoir si la condition et le terme qui suspendent la prescription de l'obligation ont le même effet en ce qui concerne la prescription des privilèges et des hypothèques ; si le tiers détenteur pourra prescrire le droit hypothécaire grevant l'immeuble par lui acquis, alors que l'obligation, garantie par l'hypothèque, ne peut pas être prescrite ?

Il est à peine besoin de faire remarquer que cette difficulté n'intéresse pas le cas où l'immeuble hypothéqué est entre les mains du débiteur. Dans cette hypothèse, les deux prescriptions sont entièrement liées l'une à l'autre et ne peuvent être acquises que sous les mêmes conditions. La raison donnée est que lorsque le détenteur de l'immeuble est personnellement tenu de l'obligation, sa possession, élément essentiel de la prescription, est entachée de précarité,

car il ne possède que sous la charge de l'hypothèque.

La question posée ne peut donc intéresser que le tiers détenteur ordinaire, c'est-à-dire celui qui, sans être tenu de l'obligation, trouve les éléments de la prescription dans une possession, à titre de maître, avec juste titre et bonne foi.

L'article 2257, qui règle la matière, s'exprime ainsi : « La prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive..... à l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé. »

Les auteurs, à la presque unanimité, interprètent cet article d'une manière restrictive et en limitent l'application aux seules créances. Ils décident, par suite, que la condition et le terme qui suspendent la prescription de l'obligation ne suspendent pas la prescription du droit hypothécaire. (Merlin, *Rép.* V° *Prescript.*, section III, § 2, article 2, question 2, n° 12. — Toullier, tome VI, n° 527. — Proudhom, *Usufruit*, tome IV, n° 2132. — Grenier, tome II, n° 518. — Duranton, tome XXI, n° 238. — Aubry et Rau, tome II, § 213, texte et note 14; tome III, § 293, page 822, note 9. — Troplong, tome IV, n° 886. — Larombière, *Oblig.*, tome II, sur l'article 1181, n° 15. Colmet de Santerre, tome VIII, n° 364. — Laurent, tome XXXII, n° 25. — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescript.* n° 394. — Amiaud, *Etude sur la prescription de l'hypothèque*, page 6. — Glasson, *Revue pratique*, 1873, tome XXXVI, page 213. — Pont, tome II, page 540, n° 1255. — Guillouard, tome IV, n° 1931. — Huc, tome XIV, page 79, n° 66.)

On n'en signale guère que trois qui professent une opinion différente. (Malleville, *Anal. rais. sur l'article 2180.* — Vazeilles, *prescr.*, tome II, n° 516. — André, n° 1132), cités par Carpentier. (V° *Privilèges et Hypoth.*)

M. Thézard, tout en adoptant dans sa donnée générale l'opinion de la grande majorité des auteurs, a proposé un système intermédiaire qu'il base sur une distinction à faire entre le cas ou le tiers détenteur a acquis l'immeuble du débiteur lui-même, et le cas où le tiers détenteur possède sans titre ou en vertu d'un titre émanant à *non domino*. Dans le premier cas, il admet, conformément à l'opinion de la jurisprudence, que la prescription de l'hypothèque est suspendue jusqu'à la réalisation de la condition ou du terme qui sont imposés à l'obligation. Le motif qu'il donne de cette opinion est que, jusqu'à ce moment, la possession du tiers détenteur n'est que la suite légitime de la possession du débiteur et n'implique aucune usurpation. Dans le second cas, au contraire, l'hypothèque pourrait être prescrite sans qu'il y eût à tenir compte de la condition ou du terme imposés à l'action résultant de l'obligation.

« Tant que le créancier, dit-il, n'est pas en demeure d'agir pour sa créance elle-même, par l'arrivée du terme ou de la condition, on ne peut prescrire contre lui par une possession qui est l'exercice pur et simple d'un droit de propriété régulier et non contradictoire à son droit d'hypothèque. Telle est, du reste, la disposition de l'article 2232 d'après lequel les actes de pure faculté ne peuvent engendrer ni possession,

ni prescription... Quand au contraire l'immeuble hypothéqué est aux mains d'un détenteur qui n'a pas de titre, ou qui a un titre émané à *non domino*, ce détenteur n'est pas lié par l'origine même de la possession, ni envers le propriétaire, ni envers le créancier hypothécaire. Il possède d'une façon absolue, *ad uscapionem*, avec cette condition qu'il devra être dépossédé, si les véritables ayants droit agissent contre lui, avant l'accomplissement de la prescription. » (Thézard, n° 252.)

Cette théorie quelque peu subtile a eu la mauvaise fortune de n'être acceptée par aucun jurisconsulte. Elle est basée sur une distinction purement arbitraire en ce qui concerne le caractère de la prescription du droit hypothécaire, qui serait extinctive lorsque le tiers détenteur a acquis l'immeuble du véritable propriétaire tenu de la dette, et acquisitive lorsqu'il l'a acquis à *non domino*, ou qu'il l'a usurpé.

Nous ne saurions admettre, d'ailleurs, la différence que l'auteur paraît établir entre la possession du tiers détenteur qui a acquis l'immeuble du véritable propriétaire tenu de la dette, et cette même possession lorsqu'il l'a acquis à *non domino*. Dans les deux cas, le tiers détenteur doit être de bonne foi et avoir un juste titre. Il n'est pas exact de dire qu'il continue la possession de son vendeur, et que cette possession, entachée à son origine, la prescription n'est pas possible. Le tiers détenteur possède en vertu du titre qui lui transmet la propriété, c'est une possession personnelle et nouvelle qu'il commence, et cette possession le conduira à la prescription de l'hypothèque,

pourvu qu'il soit de bonne foi et qu'elle ait duré dix ans à partir de la transcription de son titre.

On arrive, d'ailleurs, dans ce système, à ce résultat singulier que le tiers détenteur qui possèderait sans titre, ou en vertu d'un titre émané à *non domino*, serait plus favorisé que celui qui aurait acquis l'immeuble du véritable propriétaire; le premier pourrait prescrire l'hypothèque malgré la condition ou le terme imposé à l'obligation principale; le second ne le pourrait pas.

L'opinion, généralement admise par les auteurs, repose sur des considérations théoriques et de texte.

Les commentateurs de notre ancien droit l'avaient très nettement adoptée. « La prescription de l'hypothèque, dit Pothier, ne laisse pas de courir contre le créancier, quoique la condition de la dette pour laquelle l'héritage est hypothéqué, ne fût pas encore échue; et le créancier ne peut alléguer en sa faveur la maxime : *non valentem, agere, non currit prescriptio.* Car si avant l'échéance de la condition, il ne pouvait intenter contre le détenteur de la chose hypothéquée l'action hypothécaire, au moins pouvait-il intenter l'action en interruption, et faute de l'avoir fait il doit s'imputer à lui-même s'il perd son hypothèque. » (Pothier, *Hypoth.*, chap. III, § 6.)

Loyseau était du même avis : « Au lieu que la vraie action hypothécaire est interdite par le droit jusqu'à ce que discussion soit faite, on en a introduit et substitué une autre en sa place, qui ne sert à autre effet qu'à empêcher et interrompre cette prescription, et dont on peut agir en tout temps que l'autre action

cesse, soit que la discussion n'ait été faite, soit que la dette ne soit *pas exigible*. Aussi par icelle, on ne conclut pas au paiement de la dette, ni au délaissement de l'héritage, mais ce à qu'il soit déclaré affecté et hypothéqué de la dette. » (Loyseau, liv. III, chap. II, n° 17.)

A la tradition historique doit s'ajouter l'argument tiré du texte même de l'article 2257, qui ne parle que du droit de créance, et ne fait aucune allusion aux droits réels. Se basant sur cette double considération que l'hypothèque est un démembrement de la propriété et que la prescription de l'hypothèque est purement acquisitive, on se refuse à étendre le mot créance, employé par l'article 2257, au droit hypothécaire, lequel bien qu'il ne soit qu'un accessoire d'une créance, n'en est pas moins différent par sa nature même, et ne peut pas être confondu avec elle. On est d'autant plus porté à le décider ainsi, que l'article 2257 a un caractère exceptionnel, qui par cela seul, n'admet pas qu'on en étende l'application. La règle générale, en effet, est écrite dans l'article 2251 ; elle veut que la prescription coure contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque cas d'exception établis par la loi. L'exception apportée à cette règle par l'article 2257, pour les créances conditionnelles ou à terme, ne doit donc pas recevoir d'extension, elle doit être limitée aux créances proprement dites.

A côté de ces raisons, tirées de la tradition historique et du texte, viennent se placer des considérations théoriques tirées de la nature même du droit hypothécaire et de la prescription.

Nous avons eu plusieurs fois déjà l'occasion de signaler l'indépendance du droit de créance par rapport au droit hypothécaire lorsque le détenteur n'est pas obligé personnellement. Nous avons vu que si l'hypothèque ne peut pas exister isolément et sans une obligation qu'elle garantisse, on doit admettre que l'hypothèque constituée peut s'éteindre tout en laissant subsister l'obligation. Les deux actions, nées l'une de l'obligation, l'autre du droit hypothécaire étant différentes par leur nature et pouvant s'exercer indépendamment l'une de l'autre, on est obligé de reconnaître qu'elles peuvent être chacune l'objet d'une prescription particulière.

Mais avant de relever le caractère propre de chacune de ces deux prescriptions, il importe de bien déterminer l'esprit et la portée de l'article 2257. On veut y voir généralement l'application de la règle, signalée déjà par Pothier, dans le passage que nous venons de citer, *contra agere non valentem, non currit prescriptio.*

Nous ne croyons pas que cette interprétation de l'article 2257 soit rigoureusement exacte, et que le législateur ait voulu dire que la prescription ne courrait pas contre une créance conditionnelle ou à terme, parce que le créancier ne pouvait pas agir.

Si la prescription ne court pas, c'est parce qu'elle ne peut pas courir et non pas parce que le créancier ne peut pas agir : elle ne peut pas courir faute d'objet. Elle ne peut pas courir par la raison que jusqu'à la réalisation de la condition il n'y a pas à proprement parler ni d'obligation ni d'action. Or on ne peut pas

concevoir que là où il n'y a ni obligation certaine ni action, il puisse y avoir prescription. On ne peut pas prescrire contre quelque chose qui n'existe pas. On n'éteint pas une obligation qui n'est pas encore née.

En réalité, la prescription a pour objet d'éteindre bien moins l'obligation que l'action qui y était attachée, car une obligation dépourvue d'action n'est pas en réalité une obligation ; elle passe au rang de simple obligation naturelle.

Lors donc que l'article 2257 dit que la prescription ne court pas, cela ne veut pas dire que la prescription est suspendue ou interrompue ; elle n'a pas besoin d'être suspendue ou interrompue par la raison qu'elle n'a pas commencé à courir, et elle n'a pas commencé à courir faute d'objet, l'obligation et l'action qu'elle doit avoir pour résultat d'éteindre n'étant pas encore nées.

Ajoutons que la prescription de l'obligation est purement extinctive et libératoire, et qu'elle a pour base juridique l'inaction du créancier ; elle est la sanction de la négligence qu'il apporte à exercer ses droits. Le droit à exercer n'étant pas né, à raison de la condition, le créancier n'était pas en état de négligence, il ne pouvait donc pas encourir la sanction.

Tout au contraire, la prescription du droit hypothécaire est basée sur un fait que la loi exige comme condition essentielle de la prescription ; ce fait, c'est la possession de l'immeuble grevé de l'hypothèque. C'est cette possession qui a pour effet de consolider la propriété sur la tête du tiers détenteur, pourvu qu'elle s'exerce pendant trente ans lorsqu'il n'y a pas

de titre, et pendant dix ou vingt ans lorsqu'elle est accompagnée d'un juste titre.

Or, sur cet acte matériel qu'est la possession, le terme ou la condition imposés à l'obligation ne peuvent avoir aucune influence. Le point de départ de la prescription du droit hypothécaire sera la possession ou la transcription du titre accompagnée de la possession, suivant qu'il s'agira de la prescription trentenaire ou de celle de dix ou vingt ans.

Au contraire, la prescription de l'obligation basée sur la négligence du créancier ne commencera à courir que du jour où il sera en état de négligence, c'est-à-dire du jour où le terme étant échu ou la condition réalisée, il lui aura été possible d'exercer son droit de créance.

« Le droit de celui contre lequel le tiers détenteur prescrit, dit M. Laurent, n'est pas pris en considération, en ce sens que la loi n'établit pas la prescription pour punir le propriétaire de sa négligence, ni parce qu'elle présume qu'il a renoncé à son droit ; elle l'établit parce que le temps doit consolider les longues possessions pour que la société repose sur un fondement solide. » (Laurent, t. XXXII, n° 26, page 40.)

Si la prescription de la propriété est basée sur des considérations d'intérêt général, on ne voit pas bien pourquoi le tiers détenteur, qui prescrit le droit hypothécaire que nous considérons comme un démembrement de la propriété, serait moins bien traité que celui qui prescrit la pleine propriété. On ne s'expliquerait pas davantage que le propriétaire véritable, contre lequel on prescrit, fût moins protégé que le

créancier hypothécaire qui, ayant un droit réel à exercer, est tout aussi bien que le propriétaire tenu de le surveiller. Il est plus logique d'admettre que si la possession, jointe au juste titre et à la bonne foi, est suffisante pour faire acquérir la pleine propriété, elle doit l'être pour faire acquérir un simple démembrement de cette même propriété.

Nous estimons donc avec la doctrine presque universelle que la condition et le terme imposés à l'obligation et qui empêchent la prescription de courir contre cette obligation, sont sans influence sur la prescription du droit hypothécaire par le tiers détenteur. Et pour nous résumer, nous basons notre opinion sur la diversité du droit qu'il s'agit de prescrire, droit réel d'un côté, simple droit de créance de l'autre ; sur le caractère même des deux prescriptions, l'une extinctive et libératoire, l'autre acquisitive ; sur les causes génératrices des deux prescriptions dépendant, l'une de l'abstention et de la négligence du créancier, l'autre d'un acte matériel de possession ; sur l'indépendance absolue des deux prescriptions ; sur le texte même de l'article 2257 et sur la tradition de notre ancien droit.

M. Dalloz signale une dernière considération qui a bien sa valeur, c'est que l'acte d'obligation qui stipule le terme ou la condition est par rapport au tiers détenteur qui prescrit *res inter alios acta*. (Dalloz, *Jurispr. gén. verbo prescription*, n° 755.)

Malgré ces nombreuses et décisives raisons, la jurisprudence avec une constance et une presque unanimité aussi marquées que celles que nous avons

constatées en sens contraire dans la doctrine, persiste à appliquer à la prescription de l'hypothèque et des privilèges l'article 2257. On peut bien signaler quelques rares cours d'appel qui se sont ralliées à la doctrine des auteurs (Grenoble, 10 mars 1827 ; Dalloz, 28, 2, 97. Bordeaux, 15 janvier 1835 ; Dalloz, 35, 2, 104 ; Toulouse, 26 avril 1875 ; Sirey, sous arrêt de cassation du 20 janvier 1880, 81, 1, 495. Pau, 22 novembre 1856 ; Sirey, 57, 2, 286. Toulouse, 13 février 1858 ; Dalloz, 58, 2, 156) ; mais ces décisions peuvent être considérées comme isolées et nous pouvons dire que la lutte entre la doctrine et la jurisprudence continue et qu'aucune concession n'a été faite de part ni d'autre, et depuis le temps que cette divergence se poursuit, le législateur est demeuré muet, malgré l'avis donné par M. Dalloz, en 1856, dans les termes suivants : « Mais on doute « que « cette jurisprudence qui tend à jeter un grand trou- « ble dans la propriété, se maintienne toujours. Si « elle dure, elle amènera une modification législa- « tive. »

Les prévisions du savant jurisconsulte ne se sont pas réalisées ; la jurisprudence persiste dans ses premiers errements et nous attendons encore les modifications législatives désirées.

Il nous reste donc à indiquer la théorie généralement admise par les cours et particulièrement par la Cour de Cassation. Elles ont, avec persévérance, appliqué à la prescription de l'hypothèque l'article 2257, et décidé que cette prescription ne courrait, lorsque l'obligation était conditionnelle ou à terme, qu'à par-

tir de la réalisation de la condition ou de l'échéance du terme. (Cassation, 4 mai 1846 ; Dalloz, 46, 1, 255. Besançon, 19 décembre 1855 ; Sirey, 56, 2, 299. Cassation, 16 novembre 1857 ; Dalloz, 58, 1, 54. Paris, 12 juin 1866 ; Sirey, 67, 2, 33. Bordeaux, 12 mai 1879 ; Dalloz, 80, 2, 8. Cassation, 30 décembre 1879 ; Dalloz, 80, 1, 238. Pau, 1er juillet 1847. Cassation, 28 janvier 1862 ; Dalloz, 62, 2, 122. Chambéry, 23 juillet 1873. Dijon, 3 janvier 1878 ; Dalloz, 79, 2, 118. Montpellier, 10 janvier 1878 ; Dalloz, 80, 2, 35. Pau, 6 juin 1888 ; Dalloz, 89, 2, 119. Nancy, 16 novembre 1889 ; Sirey, 91, 2, 161. Agen, 12 juillet 1897 ; *Gazette des Tribunaux*, 1er août 1897.)

Le premier arrêt de la Cour de cassation que nous avons relevé est du 4 mai 1846. Il pose nettement le principe : « Attendu, dit-il, que l'article 2257 précité, qui ne fait que consacrer l'application du principe, *contra agere non valentem non currit, præscriptio*, dispose formellement que la prescription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition jusqu'à ce que cette condition arrive..... Attendu qu'en supposant que la prescription décennale pût être invoquée par le tiers détenteur en vertu de l'article 2265, cet article ni aucun autre n'affranchit cette sorte de prescription des causes de suspension déterminées par l'article 2257, applicable à la prescription en général. »

Nous avons tenu à citer textuellement ces considérants, parce qu'ils contiennent toutes les raisons déterminantes qui servent de base au système et que nous les retrouvons d'ailleurs reproduits dans la plupart des arrêts subséquents.

De l'analyse que nous avons faite des diverses décisions rendues par les Cours d'appel et par la Cour de cassation, il résulte, en effet, que la jurisprudence se base sur cette unique considération que la règle : *contra agere non valentem non currit prescriptio* doit être appliquée d'une manière générale à toutes les prescriptions et mettre un obstacle aussi bien à la prescription de l'hypothèque qu'à la prescription de l'obligation lorsque celle-ci est à terme ou conditionnelle. Mais nous avons cherché vainement les raisons juridiques capables de justifier cette généralisation.

« Attendu, dit la Cour de cassation, dans un autre arrêt du 28 janvier 1862, cassant celui de la Cour de Toulouse, du 18 décembre 1857, que l'article 2257 qui ne fait que consacrer l'application du principe : *contra agere*..... dispose formellement que la prescription ne court point à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que cette condition arrive. Attendu que la disposition de l'article 2257 s'applique à la prescription en général. »

Un autre arrêt du 30 décembre 1879, qui paraît être le dernier que la Cour suprême ait rendu en cette matière, s'exprime ainsi : « En ce qui concerne la créance, attendu que, jusqu'au terme, l'action n'étant pas ouverte, il y a lieu d'appliquer la règle : *actio non nata non proscribitur*..... que vainement on prétend que, pour faire obstacle à la prescription, le créancier aurait dû recourir contre le tiers détenteur, à une action interruptive de cette prescription, que la loi n'exige nulle part ce mode de procéder, rendu inu-

tile par le texte général et absolu de l'article 2257. »

Ces motifs sont impuissants à nous convaincre et nous en avons fait par avance la critique et la réfutation en exposant l'économie générale de la doctrine. Ajoutons que la fameuse règle qui sert de base à la jurisprudence : *contra agere*..... n'est qu'une règle d'équité qui avait donné lieu dans notre ancien droit à de nombreux abus et qu'aucun texte précis ne l'a admise dans nos lois.

Si nous nous reportons à la règle générale écrite dans l'article 2251, il apparaît, au contraire, qu'on a voulu l'exclure de notre droit, du moins comme règle positive et absolue. « La prescription, dit-il, court contre toutes les personnes à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. » La Cour de cassation répond : L'article 2257 constitue précisément ce cas d'exception.

Elle ajoute : cette exception s'applique à la prescription en général. C'est précisément ce caractère de généralité qu'il faudrait tout d'abord établir, ce que ne font pas les arrêts cités.

Il n'est pas exact d'ailleurs, ainsi que nous croyons l'avoir démontré, que l'article 2257 ait pour base juridique la règle dont il s'agit. L'arrêt du 30 décembre 1879, que nous venons de signaler, indique lui-même la véritable raison d'être de cet article 2257. *Actio non nata, non præscribitur.*

Ce qui le prouve encore, et selon nous d'une manière décisive, ce sont les termes de l'article 1180 qui autorise le créancier, avant que la condition soit remplie, à exercer tous les actes conservatoires de

son droit. Il se dégage bien de là que la disposition de l'article 2257 n'a, en aucune façon, pour fondement la prétendue règle : *contra agere non valentem*..... En effet, si le créancier dont la créance est conditionnelle, peut faire tous les actes conservatoires de son droit, il n'est pas possible de dire qu'il est réduit à l'impuissance, et, dans ce cas, la disposition de l'article 2257 n'avait pas sa raison d'être, elle était inutile.

Si nous ajoutons que les décisions analysées font une confusion manifeste entre l'obligation et le droit hypothécaire et les assimilent l'un à l'autre, il est facile de voir sur quelles bases fragiles repose la théorie admise par la Cour de cassation.

Bien plus sérieusement motivé nous paraît être l'arrêt de la Cour de Pau, 22 novembre 1856 (Sirey 57, 2, 286) où nous lisons les considérants suivants : « Admettre que l'article 2257 est opposable aux tiers détenteurs de bonne foi, c'est faire disparaître les principes émis dans l'article 1165 portant que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; ce serait comme dans l'espèce, vouloir assujettir le tiers détenteur aux obligations qu'il ignorait et qu'il ne pouvait connaître. Ce serait surtout méconnaître l'esprit qui a guidé le législateur en adoptant la prescription comme l'une des institutions sociales les plus nécessaires à l'ordre public et à la stabilité des propriétés, ce serait créer aux tiers détenteurs une position à jamais incertaine.

« Attendu que plus sainement entendu, l'article 2257

paraît n'avoir été fait que pour les parties contractantes qui sont liées par leurs obligations respectives, qui savent les conditions auxquelles elles ont traité, qui connaissent les motifs qui les empêchent d'agir les unes vis-à-vis des autres, que c'est à elles seules, que peut s'appliquer cette maxime déjà énoncée : *contra ægere non valentem.....* »

On ne saurait mieux dire et nous avons le droit d'être surpris que dans un arrêt postérieur du 26 juin 1886 (Dalloz, 89, 2, 119), cette même cour de Pau ait paru abandonner cette sage doctrine et ait cru devoir baser sa décision sur ce que « les règles posées par l'article 2257 ne constituent pas une exception *limitant la conservation du droit aux actions personnelles* dont l'exercice est suspendu, qu'elles n'ont pas pour effet d'empêcher les principes généraux de recevoir leur application lorsqu'il s'agit d'actions réelles. »

Ajoutons en terminant qu'il n'est pas exact de dire que le créancier dont la créance est à terme ou conditionnelle ne peut pas agir pour la conservation de son droit hypothécaire contre le tiers détenteur. Nous verrons en effet au cours du paragraphe suivant que le créancier peut protéger son droit réel et interrompre la prescription, nonobstant la condition ou le terme imposés à l'obligation par l'action en reconnaissance d'hypothèque. Ainsi disparaît le principal, sinon l'unique argument mis en avant par la jurisprudence.

§ 5. — *Interruption de la prescription.*

La prescription des privilèges et hypothèques est interrompue de la même manière et par les mêmes causes que sont interrompues toutes les prescriptions, c'est-à-dire naturellement ou civilement. (Art. 2242.)

Naturellement, lorsque le tiers détenteur est privé pendant plus d'un an de la jouissance de la chose grevée de privilège ou d'hypothèque. (Art. 2243.)

Civilement, au moyen d'une citation en justice, d'un commandement ou d'une saisie ayant pour objet le droit hypothécaire sujet à prescription.

Cette règle est générale et s'applique lorsque l'immeuble est entre les mains du débiteur et lorsqu'il a passé entre les mains d'un tiers détenteur; avec cette différence toutefois que, dans le premier cas, la prescription du privilège et de l'hypothèque se confondant avec la prescription de l'obligation principale et ne pouvant pas être réalisée en dehors et indépendamment de cette dernière, l'interruption de la prescription de l'obligation accompagnera forcément celle de l'hypothèque et du privilège.

Il suit de là que tant que l'immeuble reste entre les mains du débiteur, le créancier n'a pas à se préoccuper de la conservation de son droit hypothécaire. Il lui suffira d'interrompre la prescription de l'obligation, pour conserver *ipso facto* tout le bénéfice du droit réel accessoire qui ne peut pas périr sans l'obligation principale qu'il garantit.

Il en est tout autrement lorsque l'immeuble est passé aux mains d'un tiers détenteur non obligé, au moyen de l'aliénation consentie par le débiteur. Suivant l'heureuse expression de MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes : « Le lien qui unissait l'hypothèque à la créance se trouve relâché par l'effet de l'aliénation. » (Tome III, p. 518, nº 2294.) L'acquéreur va trouver dans son titre et dans la possession qu'il aura de l'immeuble l'origine et la cause d'un droit qui lui sera propre et personnel. Il y aura dès lors indépendance du droit hypothécaire par rapport à l'obligation, en ce sens que la prescription du premier s'accomplira au profit du tiers détenteur et que la prescription de l'obligation se réalisera au profit du débiteur, et que de ces deux prescriptions, la première sera acquisitive tandis que la seconde sera simplement extinctive. Le créancier aura donc à partir de l'aliénation de l'immeuble et de la transcription du titre, un double droit à surveiller : son droit de créance contre le débiteur, et son droit réel d'hypothèque contre le tiers détenteur. Aussi ne lui suffira-t-il pas d'interrompre la prescription de l'obligation ; les actes qu'il accomplirait dans cet unique but resteraient sans influence sur la prescription du droit hypothécaire, qui ayant commencé à courir du jour de la transcription de l'acte, et se trouvant basée sur le fait de la possession, s'accomplirait isolément nonobstant l'interruption de la prescription de l'obligation.

Sous le bénéfice de cette observation générale, nous allons passer en revue les éléments essentiels

de l'interruption, en limitant notre examen aux questions qui intéressent les privilèges et les hypothèques.

1° *Interruption naturelle.* — La prescription de l'hypothèque sera interrompue naturellement, lorsque le tiers détenteur aura été privé pendant plus d'un an de la possession de l'immeuble grevé. La raison en est simple : la prescription du droit hypothécaire ayant pour base essentielle la possession, le détenteur, qui se trouve privé de la possession effective pendant un temps suffisamment long pour faire présumer qu'il renonce à exercer ses droits de propriétaire, perd le bénéfice que devait lui donner cette possession exercée pendant dix ans.

La loi fixe cette disposition à un an et un jour, se référant ainsi à la durée accordée pour l'exercice des actions possessoires telle qu'elle est déterminée par l'article 23 du Code de procédure. L'application de cette règle ne paraît pas pouvoir donner lieu à des difficultés. Elle se ramènera toujours à une simple question de fait.

2° *Interruption civile.* — L'interruption civile résulte, d'après l'article 2244, d'une citation en justice, d'un commandement ou d'une saisie signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire.

Lorsqu'il s'agit d'interrompre la prescription contre le débiteur détenteur de l'immeuble, il ne peut pas y avoir de difficulté, le créancier peut procéder par l'un des trois modes indiqués par la loi. Ainsi que nous

venons de le dire, l'interruption de la prescription de l'obligation entraînera l'interruption de la prescription du droit hypothécaire.

Mais lorsque la prescription courra au profit d'un tiers détenteur non obligé, la question sera plus délicate. Le créancier n'ayant aucun titre contre le détenteur ne pourra pas procéder par voie de citation ou de commandement, puisque ces deux procédures impliquent un titre de créance et que le détenteur ne devant rien personnellement le créancier ne peut pas agir contre lui. (Bordeaux, 11 mars 1852, Dalloz, 53, II, 52.) Il pourra, il est vrai, exercer le droit réel qu'il a sur l'immeuble en vertu de son hypothèque et procéder à la saisie, mais pour parvenir à cette saisie, la loi le soumet à certaines formalités préalables et précises. Il devra d'abord faire commandement au débiteur principal, puis signifier au tiers détenteur une sommation de payer ou délaisser. (Art. 2169.) Ce n'est qu'à défaut de paiement ou de purge qu'il pourra saisir.

A appliquer selon la rigueur du texte l'article 2244, la prescription de l'hypothèque ne pourrait être interrompue que par cette saisie. On s'est demandé cependant s'il n'était pas permis de s'élever au-dessus de la lettre de la loi, d'en consulter le véritable esprit et d'appliquer ici les règles d'analogie et d'équipollence, et si, par exemple, la simple sommation de payer ou délaisser faite au tiers détenteur n'était pas par elle seule suffisante pour interrompre la prescription, bien que l'article 2244 ne fasse pas mention expresse de cette sommation et vise uniquement la

saisie. (Pont, tome II, page 542, n° 1257.) Ce n'est pas sans hésitation que la question a été résolue. La Cour de cassation, dans un arrêt du 7 novembre 1838 (Sirey, 39, I, 428), s'était prononcée pour l'application étroite et rigoureuse de l'article 2244 et refusa de voir dans la sommation un acte d'interruption de la prescription de l'hypothèque, par la seule raison qu'elle ne figurait pas dans l'énumération faite par cet article.

Mais elle n'a pas persisté longtemps dans cette opinion, et, par un autre arrêt du 27 décembre 1854 de la Chambre des requêtes (Dalloz, 55, I, 52), elle a décidé avec plus de raison que la sommation de payer ou délaisser était interruptive de la prescription. Le motif juridique qu'elle en donne est que : « cette sommation, quoique non assujettie à la forme particulière du commandement, n'en a pas moins à l'égard du tiers détenteur auquel elle est signifiée le but et les effets du commandement, puisque c'est à partir de cette sommation que court le délai accordé au nouveau propriétaire par l'article 2183 pour purger les hypothèques, pour demander la discussion du débiteur principal ; qu'à partir de cet acte, il doit tenir compte des fruits de l'immeuble hypothéqué ; que, par conséquent, la sommation de payer ou délaisser trouble évidemment la possession du tiers détenteur et interrompt la prescription du droit hypothécaire. »

La doctrine et la jurisprudence se sont unanimement ralliées à cette opinion, qui, on le voit, s'inspire beaucoup plus de l'esprit que du texte étroit de la loi, et l'on peut considérer comme généralement

admis que la seule sommation de payer ou délaisser, signifiée au tiers détenteur, suffit pour interrompre la prescription de l'action hypothécaire.

Mais il est bien entendu que pour produire cet effet, la sommation dont il s'agit doit être régulière en la forme et valable comme acte constituant un trouble certain à la possession du tiers détenteur. Si donc cette sommation demeurait isolée et ne recevait aucune suite dans les trois années qui l'ont suivie, elle resterait sans effet, au point de vue de l'interruption.

C'est ce qu'il est permis d'induire des dispositions des articles 2176 et 2183, et ce qu'admettent sans contestation et la doctrine et la jurisprudence. (Bordeaux, 12 août 1857; Dalloz, 59, 5, 217; Aubry et Rau, t, II, p. 511; Laurent, t. XXXII, n° 109; Thézard, n° 253.)

De même encore et pour les mêmes raisons de fait et de droit, la sommation qui ne serait pas précédée ou tout au moins accompagnée d'un commandement fait au débiteur principal conformément aux dispositions de l'article 2169, ne produirait pas d'effet interruptif, car une sommation faite dans ces conditions serait nulle et complètement inopérante.

La procédure d'ordre, qui s'ouvre soit après vente forcée, soit après vente volontaire et purge, comporte des notifications et sommations faites à l'acquéreur ou adjudicataire. Telle la convocation qui lui est adressée, aux termes de l'article 571 du Code de Procédure, par le juge-commissaire, pour qu'il ait à se présenter dans l'ordre en vue de la distribution du prix de vente ou d'adjudication; telle encore la

signification qui pourrait être faite de la requête contenant réquisition d'ouverture de l'ordre.

On est généralement d'accord pour reconnaître que ces actes interrompent la prescription, et le motif qu'on peut en donner est que l'ordre constitue une procédure judiciaire et que tout acte qui a pour objet d'appeler le tiers détenteur en cette qualité à prendre part à cette procédure peut être assimilé à la citation en justice prévue par l'article 2244. (Pont, tome II, n° 1258; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, III, n° 2301; Laurent, tome XXXI, n° 396; Troplong, *Prescr.*, tome II, n° 566.)

Certains auteurs ont voulu donner la même portée à la simple mise en demeure adressée à l'adjudicataire, de faire procéder à l'ouverture de l'ordre. (Troplong, *Prescr.*, tome II, n° 567; Laurent, tome XXXI, n° 1258.)

Mais cette opinion ne nous paraît pas pouvoir être suivie, car cette mise en demeure est toute facultative, elle n'inaugure ni ne lie en aucune façon la procédure d'ordre, elle ne peut pas donc être considérée comme une citation en justice, puisqu'elle n'a pas pour objet d'appeler l'adjudicataire directement dans la procédure d'ordre. (Aubry et Rau, tome II, § 215, page 511; Baudry-Lacantinerie, tome III, n° 2302.) Nous pouvons donc établir comme règle générale que l'acte destiné à interrompre la prescription du droit hypothécaire doit, pour être efficace, constituer un trouble à la possession du tiers détenteur de manière à rattacher ce trouble à l'exercice du droit hypothécaire.

3° *Interruption de la prescription par la reconnaissance du tiers détenteur.* — L'article 2248 porte que la reconnaissance que le débiteur ou le possesseur fait des droits de celui contre lequel il prescrit interrompt la prescription.

Comme il ne s'agit en ce moment que de l'interruption de la prescription qui s'accomplit au profit du tiers détenteur contre le créancier hypothécaire, nous devons, pour éviter toute équivoque, rappeler la distinction précédemment faite entre les deux prescriptions, celle de l'obligation et celle du droit hypothécaire. De même que ces deux prescriptions sont indépendantes l'une de l'autre, de même la reconnaissance du débiteur n'interrompra pas la prescription acquisitive du tiers détenteur et, réciproquement, la reconnaissance de ce dernier sera sans influence sur la prescription de l'obligation principale ; mais avec ce correctif cependant que la prescription réalisée de l'obligation principale entraînerait, par voie indirecte, l'extinction du droit hypothécaire qui dans ce cas serait éteint non par le fait direct de la prescription, mais par application du n° 1 de l'article 2180.

Il importe de ne pas confondre, quant aux effets qu'elle doit produire, la reconnaissance dont parle le texte de l'article 2248 avec la connaissance que peut avoir le tiers détenteur des charges hypothécaires qui grèvent l'immeuble par lui acquis. Nous avons eu l'occasion de dire que la connaissance qu'il avait de ces charges au moment de son acquisition suffirait à le constituer de mauvaise foi, de telle sorte qu'il ne

pourrait pas prescrire par dix ou vingt ans, mais par trente ans seulement.

Nous avons ajouté que l'usucapion par dix ou vingt années était possible pourvu que la bonne foi existât au moment de l'acquisition et qu'il importait peu que plus tard le tiers détenteur vînt à connaître l'existence de ces charges, cette connaissance ultérieure ne pouvant pas nuire à sa bonne foi originelle.

Ce n'est pas à cette connaissance que fait allusion l'article 2248. En parlant de reconnaissance, il vise un acte qui doit avoir le caractère d'un contrat exprès ou tacite ou qui doit être l'équivalent d'un contrat, et par lequel le tiers détenteur reconnaît non seulement l'existence du droit hypothécaire, mais encore sa légitimité avec tous les droits et avantages qui y sont attachés. Cette observation nous permettra plus tard de résoudre une difficulté qui divise les auteurs et la jurisprudence.

La reconnaissance dont nous étudions ici le caractère et les effets peut être volontaire ou forcée :

1° *Reconnaissance volontaire.* — Elle peut être expresse ou tacite : De la reconnaissance expresse, nous n'avons rien à dire ; l'acte qui la constatera en déterminera les conditions et la portée.

Mais la reconnaissance tacite peut présenter quelques difficultés, notamment lorsqu'il s'agira de savoir de quels actes on peut la faire résulter.

On s'est demandé à ce sujet si le tiers détenteur qui fait signifier son titre d'acquisition aux créanciers inscrits avec offre de payer les dettes et char-

ges hypothécaires en exécution des articles 2183 et 2184, fait par cela même une reconnaissance impliquant renonciation tacite interruptive de la prescription des hypothèques.

La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur cette question. Dans une première opinion, on soutient qu'en faisant aux créanciers hypothécaires les notifications et offres prescrites par les articles susvisés, le tiers détenteur reconnaît l'existence des charges d'abord, et en second lieu le droit des créanciers. Cela doit donc suffire pour interrompre la prescription en cours. (Grenier, t. II, n° 516 ; Thézard, n° 204 ; Troplong, t. IV, n° 833 *bis*.)

Un arrêt de la Cour de Riom, sans se prononcer expressément sur la question, voit dans les notifications et offres aux fins de purge, une obligation personnelle de payer, qui lie directement le tiers détenteur vis-à-vis des créanciers, et qui change la nature des relations qui existaient entre lui et les créanciers inscrits. (Dalloz, 1858, 236, 1.)

Dans une autre opinion, qui, selon nous, doit être suivie, on se refuse à voir dans ces actes des causes suffisantes d'interruption de la prescripion. En faisant ces significations et offres, le tiers détenteur n'a qu'un but : libérer son immeuble des charges apparentes ou réelles qui peuvent le grever. La loi l'oblige pour arriver à ce résultat à remplir certaines formalités ; à faire des procédures déterminées. En faisant ces divers actes, il ne fait donc que se conformer à la loi. Il ne faut donc pas leur donner une autre signification, et leur attribuer une portée

qu'il n'était pas dans la pensée du tiers détenteur de leur donner.

Pour parvenir à la purge qui est le but poursuivi, il se fait délivrer par le conservateur un état des inscriptions hypothécaires; la loi lui fait un devoir de dénoncer son contrat à tous les créanciers qui figurent dans cet état et de mettre à leur disposition le prix de son acquisition. Se fait-il ainsi juge de la légitimité de ces inscriptions; reconnaît-il qu'elles sont régulières, que le droit hypothécaire qui lui est révélé est certain et grève bien réellement l'immeuble acquis par lui? Non certes, il conservera jusqu'à la fin le droit de critiquer ces inscriptions et de les faire déclarer nulles, irrégulières et sans fondement. Lorsqu'on veut déduire d'un acte la preuve d'une volonté qui n'est pas expressément manifestée, et en tirer des conséquences juridiques telles que la renonciation à la prescription, il faut qu'il n'y ait aucun doute sur le caractère de cet acte, ni sur la volonté et l'intention de son auteur. Une procédure imposée par la loi ne peut donc avoir d'autres effets que ceux que la loi y a nettement attachés, et comme il est de règle que la renonciation à un droit ne se présume pas, il faudrait des circonstances ou la révélation non équivoque de la volonté du détenteur, pour voir dans la notification aux fins de purge une reconnaissance interruptive de la prescription. (Cassation, 6 mai 1840; Sirey, 40, 2, 540; Bordeaux, 15 janvier 1835; Sirey, 35, 2, 248; Douai, 17 novembre 1863; Sirey, 64, 2, 353; Glasson, *Revue pratique* 1873, t. XXXVI, n° 145; Dalmbertt, n° 131, p. 214; Baudry-Lacantinerie et

de Loynes, t. III, n° 2304; Laurent, t. XXXI, n° 400; Aubry et Rau, III, § 294, note 40.)

La reconnaissance du droit hypothécaire a pour effet d'interrompre la prescription en cours, c'est-à-dire non encore réalisée par le laps de temps exigé par la loi. Mais lorsque la prescription est acquise et réalisée, il ne peut plus s'agir d'interruption, mais de renonciation, s'appliquant à un droit acquis. La prescription réalisée implique, en effet, que le droit hypothécaire est éteint, et que l'immeuble est entre les mains du tiers détenteur libre de toute charge réelle, qu'en un mot il possède désormais en pleine propriété et sans démembrement. Dans les rapports du tiers détenteur avec le créancier hypothécaire, cette renonciation peut évidemment produire tout l'effet qu'elle comporte, c'est-à-dire que les hypothèques conserveraient toute leur force. Mais il n'en serait pas de même à l'égard des tiers qui auraient intérêt à se prévaloir de la prescription. Nous faisons allusion ici aux créanciers du tiers détenteur, qui ayant eux-mêmes un droit hypothécaire à exercer contre lui, pourraient se prévaloir de l'usucapion réalisée à son profit contre un autre créancier qui pourrait leur être préférable. Ces créanciers pourraient donc invoquer le bénéfice de l'article 2225, et faire considérer, en ce qui les concerne, la renonciation, comme non avenue.

2° *Reconnaissance forcée.* — Lorsque l'immeuble est entre les mains du débiteur, l'action hypothécaire, avons-nous dit, se confond avec l'action née

de l'obligation, et l'interruption de la prescription de l'obligation interrompt la prescription de l'action hypothécaire.

Lorsque, au contraire, l'immeuble est entre les mains du tiers détenteur non obligé, l'action résultant du droit hypothécaire est indépendante et peut se prescrire isolément. Pour interrompre cette prescription, le créancier dont la créance est pure et simple et exigible, pourra mettre en mouvement l'action hypothécaire et exercer contre ce tiers détenteur les actes d'exécution interruptifs dont nous avons parlé dans les précédents paragraphes.

Mais si l'obligation est soumise à une condition suspensive, ces actes d'exécution ne seront pas possibles puisque le débiteur qui ne doit que sous condition, ne doit rien avant la réalisation de la condition. Le créancier dans ce cas sera dépourvu d'action. Comment pourra-t-il empêcher le tiers détenteur de prescrire le droit hypothécaire? D'autre part le droit qui lui est ouvert par l'article 2169 ne pouvant pas être exercé puisque la sommation de payer ou délaisser doit être précédée d'un commandement au débiteur principal, qui ne doit encore rien, quel est le moyen que pourra employer le créancier hypothécaire pour la sauvegarde de son droit?

Nous avons déjà répondu à la question lorsque, combattant l'opinion des cours et tribunaux sur le droit que pouvait avoir le créancier hypothécaire, de prescrire nonobstant le terme ou la condition imposés à l'obligation principale, nous nous sommes basé sur cette considération que ce créancier avait

à sa disposition l'action en reconnaissance d'hypothèque, suffisante pour interrompre la prescription.

Dans notre ancien droit, où les hypothèques étaient occultes, l'exercice du droit hypothécaire qui devait aboutir au délaissement et à la vente de l'immeuble, était subordonné à l'action en déclaration d'hypothèque. Avant d'exercer son recours direct sur l'immeuble, le créancier hypothécaire devait préalablement discuter le débiteur principal, puis faire reconnaître son droit d'hypothèque et faire condamner le tiers détenteur à payer ou à délaisser.

Il ne peut plus en être ainsi aujourd'hui, car l'article 2167 déclare qu'à défaut de purge, le tiers détenteur est par l'effet seul des inscriptions, tenu en cette qualité de toutes les dettes hypothécaires. La procédure exigée sous l'empire de notre ancien droit serait donc, en présence des termes de cet article, inutile et frustratoire et devrait être déclarée irrecevable. C'est ce qu'on décide généralement en doctrine et en jurisprudence. (Colmar, 15 janvier 1808 ; Sirey 1810, 2, 537. Paris, 25 décembre 1808, Sirey, 1809, 2, 50. Cassation, 6 mai 1811, Sirey 1812, I, 43. Nîmes 18 novembre 1830, Sirey 1831, 2, 146. Grenier, tome II, numéro 339. Aubry et Rau, tome II, § 213, notre 24, page 335.)

Mais tout autre est l'action en simple reconnaissance d'hypothèque qui était, elle aussi admise dans notre ancien droit, ainsi qu'en témoignent Loyseau et Pothier dans deux passages que nous avons déjà rapportés textuellement. (Loyseau, *Du déguerpissement*, livre III, chapitre II, n° 17. -- Pothier, *Traité*

des hypothèques, n° 204.) Cette action avait pour objet de permettre au créancier hypothécaire d'interrompre la prescription de l'hypothèque lorsque l'obligation était à terme ou conditionnelle.

Rien ne paraît s'opposer à ce que cette action soit encore admise sous l'empire du code. Aucune disposition de la loi n'y met obstacle, et c'est le cas de faire application de la règle que l'intérêt justifie l'action. Nous pouvons ajouter que la légitimité de cette action est implicitement reconnue par l'article 2172 qui autorise le tiers détenteur à délaisser l'immeuble, même après qu'il a reconnu l'obligation ou subi une condamnation en cette qualité seulement. Ainsi que le font remarquer avec beaucoup de raison MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes : « L'obligation dont la loi suppose la reconnaissance, ce n'est certainement pas une obligation personnelle qui pèserait sur le tiers détenteur, car il n'est tenu d'aucune obligation personnelle ; cette obligation ne peut être et n'est effectivement que l'obligation qui grève l'immeuble, c'est-à-dire l'hypothèque. La condamnation dont parle ensuite le texte a la même portée, ce ne peut être qu'une condamnation à payer ou délaisser. »

Telle est aujourd'hui l'opinion généralement adoptée par la doctrine et par la jurisprudence à quelques très rares exceptions près. (Cassation, 17 avril 1812. Paris, 13 novembre 1811. Caen, 23 mars 1847. Sirey, 48, 2, 760. Toulouse, 26 avril 1875, cité sous Cassation du 20 Janvier 1880, Sirey 81, 1, 201. Grenier, tome II, 339. Duranton, tome XX, n° 225. Troplong, tome III, n° 779. Massé et Vergé, tome V, § 831, note 10. Aubry

et Rau, tome III, 293, note 14. Glasson, *Revue pratique* 1873, tome XXXVI, page 220. Colmet de Santerre, tome IX, n° 165*bis*. Laurent, tome XXXI, n° 398. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2305.) Il en résulte que le créancier hypothécaire peut lorsqu'il est dépourvu de toute autre action contre le tiers détenteur, engager contre lui l'action en reconnaissance d'hypothèque, faire déclarer par les tribunaux la légitimité de son droit hypothécaire et interrompre ainsi la prescription.

§ 6. — *Effet de l'inscription de l'hypothèque au point de vue de l'interruption de la prescription.*

Le dernier alinéa de l'article 2180 est ainsi conçu : Les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur.

Il est permis de se demander quelle est la signification et la portée exacte de cette disposition. Est-ce l'application pure et simple de la règle générale qui veut que pour produire ses effets l'acte interruptif de la prescription doit s'adresser directement et personnellement au débiteur ou au possesseur qui prescrit ?

S'il en était ainsi, on pourrait dire que ce dernier alinéa de l'article 2180 était inutile, puisqu'il ne fait qu'énoncer et appliquer à un cas particulier la règle générale écrite dans l'article 2244 qui exige pour

qu'il y ait interruption de la prescription une citation en justice, un commandement ou une saisie.

L'interruption de l'hypothèque et le renouvellement de cette inscription ne sont en effet qu'un acte purement unilatéral, qui s'accomplit à l'insu du débiteur ou du tiers détenteur, et qui ne doit pas être porté à leur connaissance. Sans doute, ils peuvent en avoir connaissance puisque les registres du conservateur sont publics ; mais en réalité le fait de l'inscription ne les touche effectivement en aucune façon et ne rentre dans aucun des actes de poursuite prévus par la loi. Elle ne saurait donc être en aucune manière interruptive de la prescription.

Quelques auteurs ont pensé que le législateur avait voulu simplement prévenir un doute. D'après eux la prescription étant basée en général sur une présomption de renonciation de la part du créancier et la formalité de l'inscription étant la manifestation positive que le créancier entend conserver toute l'efficacité de son droit hypothécaire, on aurait pu croire que cette inscription suffisait à elle seule pour interrompre la prescription, ce que le législateur ne voulait pas et qu'il a tenu à affirmer expressément. (Pont, tome II, n° 1256, page 541. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, tome III, n° 2306, page 530. Guillouard, tome IV, n° 1932, page 236. Colmet de Santerre, tome IX, n° 16 bis, page 395.)

M. Colmet de Santerre donne de cette disposition de l'article 2180 une explication d'ordre purement chronologique qui peut être la vraie : « Au moment de la rédaction de cet article, dit-il, les auteurs

n'étaient pas encore bien fixés sur le fait qui devait arrêter le cours des prescriptions, du chef de l'aliénation. Il supposait que l'on conserverait le système de la loi de Brumaire, dans lequel les inscriptions pouvaient être prises jusqu'à la transcription; et en écrivant cet article ils avaient en vue les inscriptions prises entre la date de l'aliénation et celle de la transcription. »

Le système de la loi de Brumaire ayant été abandonné, la disposition finale de l'article 2180 devenait inutile puisque les inscriptions ne pouvaient être prises à partir de l'acte d'aliénation. D'après le Code, en effet, l'aliénation transférait, par elle-même et *erga omnes* la propriété de l'immeuble vendu et mettait obstacle à toute inscription d'hypothèque. La transcription de l'acte n'était pas nécessaire pour le transfert de la propriété à l'égard des tiers.

Depuis la loi du 23 mars 1855, cette disposition pourrait recevoir son application puisque les droits réels ne sont opposables les uns aux autres que suivant la date des inscriptions ou transcriptions.

Quoiqu'il en soit, utile ou non, la disposition finale de l'article 2180 reste avec sa signification littérale et sa portée ; elle pose en principe que l'inscription ou le renouvellement de l'inscription de l'hypothèque ne suffit pas pour interrompre la prescription du droit hypothécaire contre le tiers détenteur. A cette règle, les critiques n'ont pas manqué ; on ne s'est pas contenté de la déclarer inutile, on l'a très vivement attaquée dans le principe même qu'elle pose.

Dans l'enquête qui fut faite par les soins du gou-

vernement vers 1841 en vue de la réforme hypothécaire dont nous avons déjà parlé, plusieurs Cours d'appel consultées avaient émis l'avis que ce dernier alinéa de l'article 2180 fût modifié ou même supprimé. « On a considéré, disait la Cour de Metz, qu'avec le système de publicité et de transcription adopté, les tiers acquéreurs ayant la plus grande facilité de connaître les charges et hypothèques qui grèvent la propriété, ne pouvaient exciper de leur bonne foi pour prescrire à l'encontre des inscriptions qui pèsent sur l'immeuble; que par une pareille raison la prescription devait être interrompue quand un créancier prenait une inscription, car, d'une part celui-ci avait fait tout ce qu'il devait faire pour la conservation de la créance et de l'autre le détenteur ne pouvait en prétendre cause d'ignorance. » (*Documents relatifs au régime hypothécaire*, tome III, n° 598.) Ces raisons conduisaient la Cour à demander la suppression de la dernière disposition de l'article 2180.

La Faculté de Droit de Strasbourg voulait que la notification faite au tiers détenteur des inscriptions prises ou renouvelées par le créancier interrompît la prescription. (*Documents relatifs au régime hypothécaire*, tome III, n° 601.)

Il est bien évident que dans ce conflit d'intérêts qui existe entre le créancier hypothécaire d'une part et le tiers détenteur de l'autre, c'est ce dernier qui jouit d'un traitement de faveur. On peut voir là peut-être les conséquences de ce respect excessif que les rédacteurs du Code civil ont toujours manifesté à l'égard de la propriété immobilière. Dans leur pensée,

le droit hypothécaire n'était qu'un accessoire d'un droit mobilier de créance, et l'on sait la défaveur qui atteignait dans notre ancien droit les valeurs mobilières.

Quoiqu'il en soit, il est juste de signaler combien il peut être difficile au créancier hypothécaire de sauvegarder ses droits contre la prescription du tiers détenteur. Il semblerait qu'après avoir obéi à toutes les exigences de la loi, en donnant à son droit réel la publicité exigée, il dût être assuré de la conservation de ce droit accessoire comme il l'est de la conservation de son droit de créance et pour le même temps. Cela ne suffit pas par la force et l'effet seul de son titre ; on lui impose d'abord un renouvellement décennal. Sa vigilance doit rester toujours en éveil ; il faut qu'il consulte les registres du conservateur, qu'il se fasse délivrer à l'expiration de chaque période décennale un état des transcriptions et s'il constate que son débiteur a aliéné l'immeuble hypothéqué, qu'il se mette en mesure d'interrompre la prescription contre le tiers détenteur ou d'en prévenir les effets en exigeant de son débiteur, souvent, contrairement à ses propres intérêts, le remboursement de sa créance, en engageant contre le tiers détenteur une procédure en reconnaissance de son droit hypothécaire dont il aura à supporter les frais, procédure que la doctrine et la jurisprudence lui reconnaissent le droit d'exercer, mais que la loi ne lui avait pas donné expressément.

Et lorsque la créance est conditionnelle ou à terme et que par suite son recours contre le débiteur n'est

pas encore ouvert, le créancier se serait trouvé impuissant à conserver son droit contre la prescription, si la jurisprudence, s'inspirant de considérations d'équité, ne faisait pas fléchir, contrairement à l'opinion de la doctrine presque tout entière, la rigueur des principes et ne déclarait pas suspendu par le terme ou la condition, la prescription du droit hypothécaire comme celle de l'obligation elle-même. C'est là qu'apparaît le caractère juste en soi de cette jurisprudence que nous avons été amené à critiquer avec les auteurs au nom des principes rigoureux du droit mais dont nous sommes bien obligé de reconnaître le caractère équitable et bienfaisant dans le cas que nous examinons.

Signalons enfin que dans certaines hypothèses la situation du créancier pourra se trouver presque absolument sacrifiée. Tel serait le cas où le tiers détenteur aurait acheté de bonne foi à *non domino* et aurait fait transcrire son titre. Le créancier pourrait demander un état des transcriptions contre son débiteur, la vente ne lui serait pas révélée puisqu'elle aurait été consentie par un étranger dont il ignore le nom, et cependant la prescription suivrait son cours au profit de cet acquéreur qui après dix ans verrait son immeuble affranchi du droit hypothécaire.

Quelle conclusion peut-on tirer de toutes ces observations qui précèdent? On pourrait facilement, développant ce qui précède, en arriver à une critique générale de notre régime hypothécaire. Nous ne la tenterons pas, ne voulant pas sortir de notre sujet ni dépasser

le cadre étroit que nous nous sommes fixés. Se fondant sur des considérations d'ordre public, les rédacteurs du Code ont permis d'éteindre par la prescription le droit hypothécaire, sacrifiant ainsi souvent les intérêts du créancier. Il est à désirer qu'une publicité plus complète et mieux organisée soit établie : c'est une réforme depuis longtemps souhaitée et dont les législations étrangères nous ont donné l'exemple.

Ne nous plaçant qu'au point de vue des questions examinées, qu'il nous soit permis, en terminant ce modeste travail et avec toute la réserve qui nous est imposée, d'exprimer le vœu que le droit hypothécaire soit conservé par une inscription dont les effets dureront autant que l'obligation elle-même et que sans être soumise au renouvellement décennal, l'inscription sur les registres du conservateur suffise à mettre obstacle à toute prescription au profit d'un tiers détenteur.

Vu : *Le président de la Thèse*,

J. GHEUSI.

Vu : *Le doyen*,

Toulouse, le 7 novembre 1903.

A. DELOUME.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 8 novembre 1903.

Le Recteur,

Président du Conseil de l'Université,

PERROUD.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE VII

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

Des modes d'extinction des privilèges et hypothèques autres que la prescription.

CHAPITRE PREMIER. — Des modes d'extinction prévus par les §§ 1, 2 et 3 de l'article 2180 5

Section Première. — Extinction de l'obligation principale. — Considérations générales 6

§ 1. — Paiement 11

§ 2. — Novation 15

§ 3. — Compensation 19

§ 4. — Confusion 22

Section II. — Renonciation du créancier à l'hypothèque 27

Section III. — Purge des privilèges et des hypothèques 40

CHAPITRE II. — Des modes d'extinction non prévus par l'article 2180 47

§ 1. — Consolidation 47

§ 2. — Perte ou destruction de la chose grevée .. 50

§ 3. — Offres réelles et consignations 55

§ 4. — Dation en paiement 57

§ 5. — Omission de l'hypothèque dans l'état délivré par le conservateur 61

§ 6. — Ordre..... 64
§ 7. — Défaut d'inscription en temps utile..... 75

DEUXIÈME PARTIE

Extinction des Privilèges et Hypothèques par la prescription.

CHAPITRE PREMIER..... 79
§ 1. — Nature du droit hypothécaire..... 80
§ 2. — Caractère et portée de la prescription appliquée aux privilèges et aux hypothèques... 82

CHAPITRE II. — Prescription des privilèges et hypothèques lorsque l'immeuble grevé est entre les mains du débiteur..... 88

CHAPITRE III. — De la prescription de l'hypothèque lorsque l'immeuble appartient à un tiers qui sans être obligé personnellement, l'a hypothéqué pour assurer le remboursement de la dette d'autrui.. 100

CHAPITRE IV. — Prescription des privilèges et hypothèques lorsque l'immeuble grevé est entre les mains d'un tiers détenteur..... 104
§ 1. — Considérations générales..... 104
§ 2. — Prescription de l'hypothèque et du privilège par trente ans..... 108
§ 3. — Prescription des privilèges et des hypothèques par dix ou vingt ans..... 109
§ 4. — Suspension de la prescription..... 128
§ 5. — Interruption de la prescription..... 146
§ 6. — Effet de l'inscription de l'hypothèque au point de vue de l'interruption de la prescription..... 161

Toulouse. — Imprimerie Saint-Cyprien, allées de Garonne, 27.